جلد ثاني

هو

عدد اوراق ٥٠

القطعة الثانية من تبيين الحقائق في شرح الكنز

س ٢٩

فاز بتملكه العبد الراجي ... محمد ... الواقع ... ٩٥٧

ملك بعون الله تعالى العبد الراجي حسن محمد المبارك
الحمد لله سبحانه وتعالى ... الرحمن
والعفو المرتجي بثمن درهم فضة ... في
سنة ... الاخر سبع وخمس وسبعمائة
الواقع

فهرست الكتاب مفصل فهرست احد ... اول المجلد

كتاب الاعتاق، كتاب الايمان، كتاب الحدود، كتاب السير، كتاب الجهاد، كتاب اللقيط، كتاب اللقطة

كتاب الاباق، كتاب المفقود، كتاب الشركة، كتاب الوقف، كتاب البيوع، كتاب الصرف، كتاب الكفالة، كتاب الحوالة

كتاب الشهادات والرجوع عنها، كتاب الوكالة

كنز شرحيدر
زيلعيدر

قيمة ٣

الجزء الثاني من تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق

تأليف الشيخ الإمام
[illegible]
العالم العلامة [illegible]
[illegible]

صاحبه ومالكه ابراهيم [illegible]
[illegible]

برسم العبد الفقير إلى الله تعالى
الفقيه [illegible] عامله الله بلطفه

بسم الله الرحمن الرحيم رب أعن ويسّر واختم بالخير وصلى الله على محمد وآله وصحبه

كتاب الاعتاق

قال رحمه الله هو إثبات القوة الشرعية للمملوك هذا في الشرع لأنه به يصير
قادراً على التصرفات الشرعية حتى صار به أهلاً للتصرفات والشهادات والولايات
وعلى التصرف في الأغيار وعلى دفع تصرفات الأغيار عن نفسه بإثبات قوة حكمية وإزالة
ضعف حكمي والعتق والعتاق في اللغة القوة مطلقاً وعتاق الطير جوارحها سميت به
لاختصاصها بمزيد القوة وعتق الفرخ إذا قوي وطار من وكره والحرية عبارة عن
الخلوص لغة يقال أرض حرة لا خراج فيها وفي الشرع عبارة عن خلوص حكمي يظهر في حق
الآدمي بانقطاع حق الأغيار عن نفسه وإثبات هذا الوصف الحكمي يسمى إعتاقاً وتحريراً
وهو تصرف مندوب إليه قال صلى الله عليه وسلم من أعتق رقبة مسلمة أعتق الله بكل
عضو منه عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه متفق عليه وقال صلى الله عليه وسلم من
أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد
والرجل بالرجل والفرج بالفرج قال ابن قدامة متفق عليه والمستحب أن يعتق الرجل
العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء **قال** ويصح من حر مكلف
لمملوكه بأنت حر أو بما يعبر به عن البدن وعتيق ومعتق ومحرر وحررتك وأعتقتك
نواه أو لا أي يصح العتق من حر بالغ عاقل بقوله لمملوكه أنت حر وبقوله أنت عتيق أو معتق
أو محرر أو حررتك أو أعتقتك أو أتى بدل قوله أنت بما يعبر به عن جميع البدن كقوله
وجهك حر أو رأسك أو رقبتك أو عنقك أو قال لأمته فرجك ... العتق به أو لم ينو
شرط أن يكون حراً مكلفاً وهو البالغ العاقل لأن العتق لا يقع إلا في الملك والعبد لا ملك
له والصبي والمجنون ليسا من أهله لكونه ضرراً ولعدم الأهلية ولهذا لا يملكه الولي
عليهما فصار حالهما منافياً ولهذا لو أسنده إلى تلك الحالة بأن قال أعتقته وأنا صبي
أو مجنون وجنونه معهود لم يعتق وكذا إذا قال في حال صباه أو جنونه إذا بلغت أو
أفقت فهو حر لم ينعقد لأنه ليس أهلاً لقول ملزم ويشترط أن يكون العبد مملوكاً له لقوله صلى الله عليه وسلم
لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ويشترط أن يكون مضافاً إلى الجملة أو إلى ما يعبر به عن الجملة
كقوله أنت حر أو رأسك حر أو نحو ذلك لأن التحرير يقع في جملة الأعضاء فلا بد من الإضافة
إليها أو إلى ما يعبر به عنها وقال نوى أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح في العتق لاختصاصها
استعمالاً فيه أو لغلبته فلا يحتاج فيه إلى النية لما عرف في موضعه ولو قال أردت به

الإخبار بالباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لا قضاء لأنه يحتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر باعتبار الاستعمال والقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ولو قال أردت
به أنه كان حراً في وقت من الأوقات ينظر فإن كان العبد من السبي يدين وإن كان مولداً
لا يدين هكذا ذكره في النهاية **قال** وبلا ملك ولا رق ولا سبيل لي عليك إن نوى
أي بقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك ولا سبيل لي عليك عتق إن نوى لأن نفي هذه الأشياء
يحتمل بالبيع والكتابة والعتق وانتفاء السبيل يحتمل بالعتق وبالإرضاء حتى لا يكون له سبيل
في اللوم والعقوبة فصار محتملاً والمحتمل لا يتعين بعض وجوهه إلا بالنية بخلاف قوله لا
سلطان لي عليك لأن السلطان عبارة عن اليد أو الحجة ونفيهما لا يدل على انتفاء الملك
كما في المكاتب ولئن احتمل زوال اليد بالعتق فهو محتمل المحتمل فلا يعتبر بخلاف نفي السبيل
لأن مطلقه يستدعي العتق لأن للمولى سبيلاً على مملوكه وإن كان مكاتباً لأن له ملكه بأن
فيه وقال الكرخي فنيت عمري ولم يتضح لي الفرق بينهما والفرق ما بيناه وكذلك كنايات
العتق مثل قوله خرجت من ملكي وخليت سبيلك ولو قال أطلقتك ونوى به العتق يعتق
لأنه بمنزلة خليت سبيلك بخلاف قوله طلقتك أو أنت طالق خلافاً للشافعي رحمه الله وعلى
هذا الخلاف سائر كنايات الطلاق هو يقول إن بين اللفظين اتصالاً من حيث إن عمل
كل واحد منهما لإسقاط الملك ولنا أن الإعتاق إثبات القوة على ما بينا والطلاق رفع
القيد لأن العبد كالجماد وبالعتق يحيى فيقدر على التصرفات الشرعية والمرأة قادرة
بعد التزوج على حالها غير أنها ممنوعة من البروز لينتظم مصالح النكاح فإذا طلقها لم يثبت
لها به شيء لم يكن ثابتاً من قبل بل يرتفع عنها المانع ولا شك أن المثبت للقوة أقوى من إزالة
المانع فلا يجوز أن يستعار الأضعف للأقوى بخلاف العكس وكذا ملك اليمين أقوى من ملك
النكاح بدليل أنه يدخل فيه ملك المتعة تبعاً فألفاظ العتق مزيلها وألفاظ الطلاق مزيل
الأملاك المتعة فالموضوع للأضعف لا يجوز استعارته للأقوى بخلاف العكس وهذا أصل
مستمر لأن من أصل المجاز أن لا يكون عمل اللفظ في محل المجاز أقوى من عمله في محل الحقيقة
وبخلاف قوله أطلقتك لأنه عبارة عن التسبيب فصار بمنزلة قوله خليت سبيلك ولهذا
لا يختص بالنكاح **قال** وهذا ابني أو أبي أو أمي وهذا مولاي أو يا مولاي أو يا حر
أو يا عتيق أي بهذه الألفاظ يقع العتق أما قوله يا حر أو يا عتيق فلأنه صريح فيه لأنه
وضع له وقد غلب الاستعمال فيه والنداء لاستحضار المنادى موصوفاً بالوصف المذكور
فيقتضي تحقق الوصف فيه إذا أمكن ثبوته من جهته وقد أمكن لأنه من جهته فيثبت تصديقاً
له بخلاف ما إذا قال يا ابني على ما يجيء من الفرق إلا إذا كان اسمه حراً فناداه يا حر
لأن مراده الإعلام باسمه العلم لا إثبات هذا الوصف لأن الأعلام لا يراعى فيها المعاني

حتى لو ناداه بلفظ آخر معناه كعتيق وأراد عتق لأن الأعلام لا تغير وأما قوله هذا مولاي
أو يا مولاي فلأن اسم المولى وإن كان يحتمل الناصر كما قال تعالى ذلك بأن الله مولى
الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما قال الله تعالى حكاية عن زكريا
عليه السلام وإني خفت الموالي والموالاة في الدين والمولى الأعلى والأسفل لكن الأسفل
متعين له لاستحالة غيره فلا يزاحم الحقيقة وإضافته إلى العبد تنافي كونه المولى الأعلى
فتعين المولى الأدنى ضرورة تصحيحًا لكلامه فالتحق بالصريح فلا يحتاج منه إلى النية واستوى
الخبر والنداء والإنشاء كما في الصريح وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي أو يا مولاتي لما ذكرنا
ولو قال أردت به الموالاة في الدين أو الكذب لا يصدق قضاء لكونه خلاف الظاهر وقال
زفر رحمه الله لا يعتق بقوله يا مولاي إلا بالنية لأنه يراد به الإكرام عادة لا التحقيق كقوله
يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام محمول على حقيقته ما أمكن وحقيقته أن يكون له عليه ولاء وقد
تعين الأسفل لذلك بخلاف قوله يا مالكي لأنه ليس فيه ذكر يقتضي إعتاقه إياه ولا يمكن
إثبات هذه الصفة من جهته وقال في الكافي يعتق إذا قال يا سيدي ونوى به العتق
وأما قوله هذا ابني أو أبي أو ابني فلان ولأنه الدعوة له لقيام ملكه فثبتت
به نسبه إذا كان يولد لمثله أو لمثلها يولد ذلك وإذا ثبت عتق عليه لأنه يستند النسب
إلى وقت العلوق في الولد فيتبين أنه علق حرًا إذا كان العلوق في ملكه وإلا تبين
أنه عتق من وقت ملكه وكذا في غيره وإن كان لا يولد مثله لمثله أو مثله لمثلها أو كان
الولد ثابت النسب من غيره لا يثبت منه للتعذر ويعتق لأنه يجعل مجازًا عن التحرير لكونه من
لوازمه فجازت الاستعارة منه لأن البنوة والأبوة سبب لحرية المملوك وعندهما
إذا كان لا يولد مثله لمثله أو مثل المدعي لمثلها لا يعتق لأنه محال فيرد كما لو قال أعتقتك
قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه صحيح مجازًا مستحيلا حقيقته
لكونه إخبارًا عن حريته من حين ملكه فصار نظير من حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف
إلى ما خرج منها لاستحالة أكلها وهذا الخلاف مبني على أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم
عندهما ومن شرطه أن ينعقد السبب في الأصل على الاحتمال ثم يمتنع وجوده لعارض
فيخلفه غيره مجازًا كما لو كان زيد مسلمًا غير مستحيل بأن كان يولد مثله لمثله وهو معروف
النسب فإنه لولا ثبوته من غيره لثبت منه فيخلفه لوازمه وهو الحرية وعنده المجاز خلف
عن الحقيقة في التكلم يعني أن التكلم بكلام وإرادة ما وضع له أصل والتكلم بذلك
الكلام وإرادة غيره مجاز خلف عن الأصل وشرطه أن يكون الأصل وهو التكلم به
صالحًا بأن يكون مبتدأ وخبرًا حتى يكون عاملا في إيجاب الحكم الذي يقبله المحل بطريق
المجاز ولا معنى لما قالا لأن المجاز مأخوذ من جاز يجوز إذا استقل والأسماء لم أوصاف

وإن كان م

الألفاظ

الألفاظ فإن اللفظ هو الذي ينتقل من الموضوع له إلى غيره فأما المعاني فلا يمكن نقلها
حتى يجعل مجازًا خلفًا عن الحقيقة وعلى هذا يخرج قوله لعبده هذا حر أو حمار وكذا لو
قال لك علي ألف أو على هذا الجدار وعنده يعتق ويلزمه الألف لصحة التكلم به وإن
لم يمكن ثبوت الحرية والدين في مطلق أحدهما خلافًا لهما لاستحالة ثبوت الحقيقة ثم
قيل لا يحتاج إلى تصديق العبد لأن إقرار المالك على مملوكه يصح من غير تصديقه وقيل
يشترط تصديقه فيما سوى البنوة لأنه يحمل النسب على الغير فيلزم فيه إلزام العبد بعد
الحرية فيشترط تصديقه ولو قال لصغير هذا جدي أو قال لعبده هذا أبي قيل على
الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن الأول لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب
وهي ليست في كلامه فتعذر أن يجعل مجازًا عن الموجب بخلاف البنوة والأبوة لأن لهما
موجبًا في الملك من غير واسطة وأما الثاني فالمشار إليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم
بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر على ما بينا في النكاح ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر
الرواية لما أنه لا موجب له في الملك إلا بواسطة وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يعتق لما
ذكرنا أن صحة المجاز تعتمد صحة التكلم به عنده. **قال** لا يا ابني ويا أخي ولا
سلطان لي عليك وألفاظ الطلاق وأنت مثل الحر أي لا يعتق بقوله يا ابني ويا أخي إلى آخره
أما عدم الوقوع بقوله يا ابني فلأن النداء لإعلام المنادى واستحضاره موصوفًا بالوصف
المذكور وعنانه إن أمكن إثباته من جهته يثبت تصديقًا له كما قلنا في قوله يا حر وإن لم يمكن
إثباته من جهته لا يثبت للتعذر والبنوة منه لأنه لا يمكن إثباتها بقوله هذا ابني إذا لم يخلق
من مائه بخلاف الحرية وكذا قوله يا أخي لما ذكرنا ولأنه لا يمكن إثباته إلا بواسطة وتلك
لم تثبت وكذا لو قال يا ابن ويا بني أو يا بنية لأنه لم يضفه إلى نفسه ولم يدع أنه ابن له
وإنما ذكر لفظ الابن مكبرًا أو مصغرًا وذا لا يوجب العتق لأنه كان هو ابن أبيه ولأنه
لو لم يكن منادى بأن قال هذا ابن لم يعتق لما ذكرنا فمع النداء أولى وأما قوله لا سلطان
لي عليك فلأن السلطان هو الحجة قال الله تعالى أو ليأتيني بسلطان مبين أي بحجة ويذكر
ويراد به اليد والاستيلاء سمي السلطان به لقيام يده واستيلائه فصار كأنه قال لا حجة
لي عليك ولو نص على ذلك لم يعتق ولو نوى فكذا هنا ولأنه لما صار عبارة عن اليد والحجة
صار نفيه تعرضًا لنفي اليد والحجة لا الملك واليد تنتفي بالكتابة والرهن والإجارة وغير
ذلك فلا يلزم منه انتفاء الملك ولو عتق به لزال الملك واليد به أكثر مما وضع له وهو لا
يجوز بخلاف قوله لا ملك لي عليك لأنه يفيد انتفاء الملك وهو يحتمل أن يكون بالعتق أو بالتمليك
لغيره وأيهما نوى صح فإن لم يكن له نية حمل على الأدنى فلا يعتق وبخلاف قوله لا سبيل لي عليك
لأن للمولى سبيلا على مملوكه وإن خرج من يده بالكتابة أو غيره فنفيه مطلقًا يفيد نفي الملك وذلك

دعوة م

بالعتق او غيره باذا نواه صح وعتق والا فلا لما ذكرنا في قوله لا ملك لي عليك واما الفاظ
واما الفاظ الطلاق وقد ذكرناه وذكرنا فيه خلاف الشافعي رحمه الله وفي قوله لا سبيل
لي عليك واما قوله انت مثل الحر فانه اثبت المماثلة بينهما وهي قد تكون عامة وقد تكون خاصة
فلا يعتق لانه للشك **قال** وعتق بما انت الا حر اي عتق بقوله ما انت الا حر
لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد فكان فيه اثبات الحرية بابلغ الوجوه
ولو قال راسك راس حر وبدنك بدن حر لم يعتق لانه تشبيه بحذف كاف التشبيه
والتشبيه لا يقتضي المماثلة من كل وجه ولو وصفه ولم يضف فقال راسك راس حر
او بدنك بدن حر عتق لانه وصف وليس بتشبيه والراس عبارة عن الجملة فصار كانه
قال ذاتك ذات حر **قال** ويملك قريب محرم ولو كان المالك صبيا او مجنونا يعني
يعتق عليه بملك قريبه اذا كان محرما له ولو كان المالك صبيا او مجنونا وقال الشافعي
رحمه الله لا يعتق الا الولاد لان العتق اقوى الصلات فيناط باقرب القرابات وهو
الولاد لمكان الجزئية وغير الولاد ملحق بالاجانب في حق الاحكام كوضع الزكاة والشهادات
وحل الحليلة وامتناع التكاتب عليه فكذا في حق هذه الحكم ولا يمكن الحاقها بالولاد
قياسا او استدلالا لانه دونها عن قرابة الولاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر رواه ابو داود وغيره وروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما
مثله وعن كثير من التابعين كذلك ولان القرابة المؤثرة في حرمة النكاح هي المؤثرة في القطع
وهذا لان النكاح انما حرم بهذه القرابة صيانة للقريب عن ذل ملك النكاح ولا تنافر
فيؤدي الى قطيعة الرحم وملك اليمين في ذلك ابلغ فكان اولى بالمنع صيانة وللصيانة
عن القطع حرم الجمع بين المحارم على ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انكم اذا فعلتم ذلك
قطعتم ارحامهن اشار الى المنافرة التي تكون بين الضرائر قال الله تعالى واتقوا الله الذي تساءلو
ن به والارحام اي اتقوا الله ان تعصوه واتقوا الارحام ان تقطعوها فثبت بهذا ان الارحام
هي التي يجب صيانتها ووصلها ويحرم قطعها فكل ما كان فيه الذل اقوى فالقطيعة فيه
اشد فكانت الصيانة عنه اوجب والتعليل بالولاد والجزئية لا ينافي تعديه لجواز ترادف العلل
العلل على ما عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون صغيرا او كبيرا مسلما او كافرا
في دار الاسلام وانما لا يكاتب على المكاتب لانه لا ملك له في الحقيقة ولهذا لا يفسد النكاح
اذا اشترى امراته وتحل له الصدقة وانما له الكسب خاصة وقرابة الولاد تجب مواساته
بالكسب ولهذا يجب نفقة الولاد على المكسوب دون غيرهم من الاقارب فكذا التكاتب
على انه يكاتب عليه في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما قلنا ان يمنع والتفاوت
في الاحكام التي ذكرها لا يوجب تفاوتا في الكل الا ترى ان قرابة الولاد ايضا تتفاوت

احكامهم في بعض الاشياء كحرمان القصاص حتى لا يقتل الوالد بولده ويقتل الولد بالوالد
وكذا يجب نفقة اولاده الصغار عليه وان كان فقيرا وعلى الكسوب يجب نفقة الاباء
دون اولاده الكبار ثم لا تاثير لهذا الاختلاف في عدم العتق بالملك فكذا فيما ذكر
ولو ملك الحربي قريبه في دار الحرب لم يعتق عليه عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله
وكذا المسلم لو ملك قريبه فيها لم يعتق وكذا لو اعتق الحربي او المسلم عبدا في دار الحرب
لم يعتق عندهما ويعتق عنده هو يقول انه مالك رقبته فيملك ازالته بالعتق ومما
يقولان انه معتق بلسانه مسترق بيده لانه تحت يده وقهره ولو طرا الاستيلاء
على الحربي بطل حريته فالمقارن اولى ان يمنع الحرية حتى لو خلى سبيله وازال يده عنه
عتق لانه لم يسترق بيده وان كان العبد مسلما او ذميا عتق بالاجماع لانهما ليسا بمحل
الاسترقاق بالاستيلاء **قال** وتحرير لوجه الله والشيطان والصنم و
مكره وسكران ان اعتقه وهو سكران او مكرها لان الاعتاق وهو الركن المؤثر
في ازالة الرق وصفة القربة لا تاثير لها في ذلك الا ترى ان العتق بالمال والكتابة
مشروعان وان عريا عن صفة القربة فلا ينعدم بعدمها اصل العتق ولا يختل به ازالة
الرق وكذا عتق المكره والسكران واقع لصدوره من اهله مضافا الى محله ولا يشترط
في الاسقاطات الرضا وبالاكراه ينعدم الرضا ولا تاثير له في اعدام الحكم الا ترى
الى ما روي عنه صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق
والهازل لا يرضى بالحكم ولا يريده وعن عمر رضي الله عنه انه قال من تكلم بنكاح او طلاق
او عتاق فهو جائز عليه وقد بيناه في كتاب الطلاق باكثر من هذا **قال** وان
اضافه الى ملك او شرط صح اي ان اضاف العتق الى ملك او شرط صح بان قال ان ملكتك
فانت حر او علقه بشرط بان قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر جاز لانه من الاسقاط
وفي الاول خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينا الوجه فيه في كتاب الطلاق واذا خرج
عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه
مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وذكروا
للعتق اسبابا كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب
ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم كما ذكرنا في عبيد الطائف ومنها اذا اقر بحرية عبد
انسان ثم ملكه ولو قال لعبد انت عتيق فلان عتق عليه لاقراره بحريته **قال** والفاظ العتق
تنقسم الى ثلثة اقسام صريح وكناية وما يجري مجرى الصريح والاعتاق على وجوه مرسل
ومعلق ومضاف الى ما بعد الموت وكل ذلك يتنوع الى نوعين ببدل وبغير بدل وكل
ذلك ينقسم الى ثلثة اقسام قربة ومعصية كالعتق لاجل انسان او بلا نية **قال**

ولو حرر حاملاً عتقا اي لو عتق امة حاملاً عتقت هي وحملها لانه تبع لها اذ هو متصل بها
وقال ابو يوسف رحمه الله اذا اخرج اكثر الولد فاعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل
في حق الاحكام الا ترى انه تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا
مات قبل خروج الاكثر قال وان حرره عتق فقط اي لو اعتق الحمل عتق وحده
دون الام لان الام لم يضف اليها الاعتاق ولا يمكن جعلها تبعا للحمل لما فيه من قلب
الموضوع فلا يعتق والحمل محل للعتق ولهذا يعتق تبعا للام فلان يعتق اذا افرد به اولى
وانما لم يصح بيعه وهبته لان التسليم في الهبة والقدرة عليه في البيع شرط الجواز وشيء
من ذلك ليس بشرط في العتق ولهذا جاز عتق الابق دون بيعه وهبته ولانه اعتاق
على تقدير انفصاله حيا لان العتق يقبل الاضافة والتعليق فكانه علقه بكونه حيا بخلاف
البيع والهبة فافترقا ولو عتق الحمل على مال بان شرط على الام صح العتق ولا يجب المال
على الجنين لعدم الولاية عليه ولا على الام لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز
لانه لا يجب للمولى على امته دين وانما قلنا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي لانه
معاوضة واشتراط العوض على من لم يسلم له المعوض لا يجوز كالبيع والاجارة بخلاف
بدل الخلع والقصاص حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي لان المراة والقاتل لا يستفيدان
بالعقد شيئا وانما يسقط عنهما حق الغير ومع هذا جاز اشتراطه عليهما فكذا على الاجنبي
لكونه مثلهما في هذا المعنى اعني في عدم حصول الفائدة واما العبد فانه يملك نفسه
بالاعتاق وتثبت له قوة حكمية لم تكن له قبل فان نفسه كانت مملوكة لمولاه فكان العتق على
مال في معنى المعاوضة وسلم المعوض للعبد فلا يجوز اشتراط العوض على غيره وانما
يعرف قيام الحمل وقت الاعتاق اذا ولدته لاقل من ستة اشهر ليتيقنا بوجوده من ذلك الوقت
وقت الاعتاق وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من ذلك الوقت لم يعتق لانه لم يتيقن
بوجوده في بطنها في وقت الاعتاق الا ان يكون معتدة عن طلاق او وفاة فولدته لاقل
من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق
لانه كان موجودا حين اعتقه الا ترى انه يثبت نسبه منه ومن ضروره وجوده عنده
قال والولد يتبع الام في الملك والحرية والرق والتدبير والاستيلاد والكتابة
لاجماع الامة عليه ولان ماءه يكون مستهلكا بمائها فيترجح جانبها ولانه متيقن به من جهتها
ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال
هو كعضو من اعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل في البيع
والعتق وغيره من التصرفات تبعا لها فكان جانبها ارجح ولذلك يعتبر جانب الام في البهائم
ايضا حتى لو نزا الذئب على الوحشي والاهلي او نزا الكلب على الغزالة لا يؤكل الولد الا اذا كانت امه ماكولة

ويجوز الاضحية به اذا كانت امه مما يجوز التضحية بها فحاصله ان الولد يتبع الام فيما ذكرنا
والاب في النسب لانه للتعريف والام لا تشتهر وخيرهما في الدين وقوله يتبعها في
الرق والملك والفرق بينهما ان الرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء
استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك بدون الاوصاف
هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه واول ما يوجد الماسور يوصف بالملك الا
بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك يوجد في الجماد والحيوان غير الادمي دون
الرق وبالبيع يزول ملكه دون الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول
الرق ضمنا ضرورة فراغه عن حقوق العباد ويتبين لك الفرق بينهما في القن وام الولد
والمكاتب فان الملك والرق كاملان في القن وفي ام الولد ناقص حتى لا يجوز عتقها
عن الكفارة والملك كامل فيها والمكاتب رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه
ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر قال وولد
الامة من سيدها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا تعارضه لان ماء الامة لان ماءها
مملوك له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة فرجحنا جانبها
بما ذكرنا والزوج قد رضي بذلك لعلمه به بخلاف ولد المغرور لانه لم يرض الا به
فلهذا قلنا علق حرا في حقه فلا يتبعها الولد

باب العبد يعتق بعضه

قال رحمه الله من اعتق بعض عبده لم يعتق كله ويسعى فيما بقي وهو كالمكاتب وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو متجزئ
وعندهما يوجب زوال الرق وهو غير متجزئ واما نفس الاعتاق او العتق فلا يتجزى بالاجماع
لانه ذات القول وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لا يتصور فيه التجزي وكذا
الرق لا يتجزى بالاجماع لانه ضعف حكمي والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما في محل
واحد فاذا ثبت هذا فابو حنيفة رضي الله عنه اعتبر جانب الرق فجعل كله رقيقا على ما
كان وقد زال ملكه عن البعض الذي اعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا
جانب الحرية فصار كله حرا لهما على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا له في
عبد عتق كله ليس لله فيه شريك ولان الاعتاق اثبات العتق في المحل كالاعلام اثبات
العلم فلا يتجزى كالطلاق والاستيلاد والعفو عن القصاص ولابي حنيفة رضي الله عنه
قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا له في عبد كلف عتق بقيته وتكلف العتق في الباقي

يتصور الا عند قيام الملك فيه فاذا انتفى فيه ينتفي في الكل ضرورة عدم التجزي ولان الاعتاق
ازالة الملك لا ازالة الرق لان الملك حقه والرق حق الشرع او العامة فلا يدخل
تحت ولايته ولا يتصرف الا فيما هو حقه ولا يتعدى الى ما وراءه الا للضرورة ولا ضرورة هنا
لان حقه وهو الملك يقبل الوصف بالتجزي كما اذا ازاله بغيره من الاسباب من بيع او
هبة فيبقى الرق على حاله لعدم ما يزيله لا قصدا ولا ضمنا بخلاف ما اذا اعتق كله حيث
يزول الرق تبعا لزوال الملك لان الرق كان لاجلهم فاذا فرغ عن حقوق العباد زال
الرق ضرورة وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا فاذا بقي الملك في بعضه لا يزول
الرق لبقاء حق العبد فيه فيبقى على ما كان ووجب السعاية عليه لاحتباس مالية البعض عنده
فصار كالمكاتب لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك
في البعض يمنعه فعملنا بالدليلين بجعله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل
الكتابة فله ذلك ان شاء وان شاء اعتقه لانه قابل له كالمكاتب غير انه لا يفسخ بالعجز
بخلاف الكتابة وليس في الطلاق الا التصرف في ملكه بالازالة وكذا في العفو عن القصاص
فجاز ازالته قصدا ولا لهما حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد
متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي الامة لما ضمن نصيب صاحبه
بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد ولو قال بعضك حر او جزء منك حر يؤمر بلغ
بالبيان ولو قال سهم منك حر عتق سدسه وعندهما يعتق كله في الكل لما ذكرنا قال
وان اعتق نصيبه فلشريكه ان يحرر او يستسعي والولاء لهما او يضمن لو موسرا ويرجع به
على العبد والولاء له اي للمعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان
مع اليسار والسعاية مع الاعسار والولاء للمعتق في الوجهين وهذا مبني على اصلين
احدهما ثبوت الحرية في الكل بعتق البعض وعدم ثبوته وقد بيناه والثاني ان يسار المعتق
لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنعه لقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان
كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه
احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته
في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا فكذا هنا
غير ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى وهو ان يملك من المال
قدر قيمة نصيب الاخر فاضلا عما يحتاج اليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه لان
بذلك اعتدال النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق
الساكت اليه ويعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو ايسر بعده او اعسر لا يعتبر لانه حق
وجب بنفس العتق فلا يتغير بعده وان اختلفا فيه يحكم الحال الا ان يكون بين الخصومة

والعتق

والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر وان اختلفا في قيمة
العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان
اتفقا على ان الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول للمعتق قائما كان العبد او هالكا
وان اختلفا في الوقت والقيمة فادعى الساكت انه اعتقه للحال يحكم بالعين للحال
ويقوم لان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد
والساكت ثم التخريج على قولهما ظاهر فتقدم رجوع المعتق على العبد بعد ما ضمن لعدم
وجوب السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله حصل من جهته لعدم التجزي
واما التخريج على قوله فخيار العتق لقيام ملكه في الباقي اذ لم يزل الرق عنده وخيار
التضمين لجناية المعتق على نصيبه بالافساد حيث امتنع عليه التصرفات سوى الاعتاق
وتوابعه والاستسعاء لاحتباس ماليته عند العبد ورجوع المعتق على العبد بما ضمن
لقيامه مقام الساكت باداء الضمان وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق ولانه
ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي
ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان
وفي حال اعسار المعتق الساكت بالخيار ان شاء اعتق لقيام ملكه وان شاء استسعى لاحتباس ملكه
عند العبد والولاء له في النصف لوجود العتق من جهته بهذا القدر فيكون الباقي للاخر
فيكون ولاء العبد مشتركا بينهما في الوجهين ولا يرجع العبد المستسعى على المعتق بما
ادى باجماع اصحابنا لانه ادى لفكاك رقبته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن
المعسر لانه يسعى في دين على الراهن لان رقبته قد فكت وهو غير متبرع فيه فيرجع به
عليه وعند ابن ابي ليلى رحمه الله يرجع به على المعتق لانه هو الملزم له كالمرهون وقد
بينا الفرق بينهما وللساكت ان يدبره او يكاتبه ان شاء لان التدبير نوع عتق والكتابة
استسعاء وان كان الشريك عبدا ماذونا له فان كان عليه دين فله خيار التضمين
والاستسعاء وان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى فيكون له الخيارات الخمس ان كان
موسرا والا فالاربع وان كان الشريك صبيا فان كان له ولي او وصي فالخيار اليه
وان لم يكن له ذلك نصب القاضي له وصيا او ينتظر بلوغه وقال الشافعي رحمه الله
ان كان المعتق موسرا عتق ويضمن لشريكه قيمة نصيبه وان كان معسرا عتق نصيبه
ونصيب شريكه باق على حاله يتصرف فيه شريكه كيف شاء من البيع وغيره سوى السعاية
لقوله صلى الله عليه وسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق رواه
البخاري وقال صلى الله عليه وسلم من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد
قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه والا فقد عتق منه ما عتق

رواه البخاري ومسلم ولانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لعدم جنايته ورضايه به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا له في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه واستسعى به غير مشقوق اي لا يشدد عليه الامر رواه البخاري ومسلم وغيرهما وقال صلى الله عليه وسلم من اعتق نصيبا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه رواه البخاري ومسلم وغيرهما وذكر الطحاوي عن عبد الرحمن عن ابراهيم بن يزيد قال كان غلام لنا قد شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين امي والاسود واخي فارادوا اعتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر ذلك الاسود لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ فان رغب فيما رغبتم اعتق والا ضمنكم فبين ان له ان يعتق بعد البلوغ مع ايجاب الضمان عليهم ولا يمكن ذلك الا اذا بقي رقيقا والسعاية ثبت بما رويناه من الحديث وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعا للوز صحابيا ولان الاستسعا لا تفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس المالية على ما بينا فلا يصار الى المحال وهو الجمع بين الضعف والقوة الحكميين وليس فيما رواه ما ينافي مذهبنا بل فيه دليل على ما يقول لانه صلى الله عليه وسلم قال في الحديث الاول فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق وكلمة ثم للتراخي فدل على انه يعتق بعد ذلك اما بعتقه او بالسعاية وقال في الحديث الثاني فاعطا شركاه حصصهم وعتق عليه بالواو وهي لا تنافي الترتيب ولا التراخي فحملنا عليه توفيقا بين الاحاديث وقوله والا فقد عتق منه ما عتق لم يصح هذه الزيادة عن الفقه انه من قوله صلى الله عليه وسلم حتى قال ايوب ويحيى بن سعيد لا ندري اهو شي في الحديث او قاله نافع من قبله وهما الراويان لهذا الحديث وقال ابن حزم في المحلى هي مكذوبة **قال** ولو شهد كل بعتق نصيب صاحبه سعى لهما اي لو شهد كل واحد من الشريكين بعتق نصيب صاحبه سعى لهما بان قال كل واحد منهما لشريكه اعتقت نصيبك منه سعى لهما العبد موسرين كانا او معسرين او كان احدهما موسرا والاخر معسرا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق وعلى نفسه بالمكاتبة فلا يقبل قوله على صاحبه ويقبل في حق نفسه فيمتنع به استرقاقه ويستسعيه للتيقن به لانه ان كان صادقا فهو مكاتبه وان كان كاذبا فهو عبده ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار عنده لان حق الاستسعا لا يبطل باليسار بل يثبت له الخيار وهنا تعذر التضمين لانكار الاخر فبقي الخيار بين الاستسعا والاعتاق والتدبير والكتابة على ما تقدم والولا لهما لان كلا منهما يزعم انه عتق نصيبه بالسعاية ورد قوله اعتقه شريكي او قبوله لا يتغير به ذلك لما

عرف ان نصيب الساكت يبقى على حاله ولهذا لا يعتق من العبد شي حتى يوفيها السعاية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين لا يجب عليه السعاية لان كلا منهما يتبرا عنه بدعوى الضمان على المعتق في زعمه لان كلا منهما موسر ويسار المعتق يمنع السعاية ولا يجب له الضمان على صاحبه لعجزه عن اقامة البينة باعتاقه واقراره غير مقبول عليه وان كانا معسرين سعى لهما لان كلا منهما يدعي عليه السعاية فيقبل قوله عليه صادقا كان او كاذبا على ما بينا وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره فيكون مبريا للعبد عن السعاية والولا موقوف في جميع ذلك عندهما لانه للمعتق منهما وكل يحيله على صاحبه ويتبرا منه فيكون موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما **قال** ولو علق احدهما عتقه بفعل فلان غدا وعكس الاخر ومضى ولم يدر عتق نصفه وسعى في نصفه لهما اي لو علق احد الشريكين عتق العبد المشترك بينهما بفعل شخص بان قال احدهما ان دخل فلان الدار غدا فهو حر وعكس الاخر بان قال ان لم يدخل فلان ذلك الدار بعينها غدا فهو حر ومضى الغد ولم يدر ادخل ام لا عتق نصفه للتيقن بحنث احدهما وسعى لهما في نصف قيمته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا عند ابي يوسف رحمه الله ان كانا معسرين وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته ان كانا معسرين على ما ياتي بيانه على التمام لمحمد رحمه الله ان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول فلا يمكن القضا به مع الجهالة فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى عليه بشي للجهالة فكذا هذا ولان كل واحد منهما يدعي حنث صاحبه وينفيه عن نفسه فيكون شاهدا على صاحبه بالعتق ضرورة فيسعى العبد لهما كالمسالة الاولى ولهما انا تيقنا بحنث احدهما وبسقوط نصف السعاية عن العبد فلا يجوز القضا به مع التيقن بخلافه كمن طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول فمات قبل البيان او طلق واحدة منهن بعينها ثم نسيها ثم مات قبل التذكر سقط نصف المهر المستغرق وان كان المقضي عليها منهن مجهولة بخلاف المسالة الاولى لانا لم نتيقن بصدق واحد منهما فاحتمل ان يكونا كاذبين فلا يسقط ما كان ثابتا بيقين باحتمال صدقهما او صدق واحد منهما والجهالة ترتفع بالتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ثم مات قبل البيان او التذكر وكما اذا طلق احدى نسائه على ما ذكرنا ولا يقال فيه ابطال حق احدهما بيقين وهو المعتق منهما بالتنقيص لانا نقول هو اهون من ابطال حق العبد بالاسقاط مع العلم به ثم عند ابي حنيفة رضي الله عنه يجب السعاية لهما في نصف قيمته لكل واحد منهما الربع سوا كانا موسرين او معسرين او احدهما معسرا والاخر موسرا لما بينا وعند محمد رحمه الله ان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كان احدهما موسرا

والآخر معسرًا سعى للموسر ولم يسع للمعسر وأبو يوسف رحمه الله مع أبي حنيفة رضي الله عنه
في المقدار ومع محمد رحمه الله في اعتبار اليسار والإعسار وقد بينا مذهبهم فيما تقدم
قال ولو حلف كل واحد بعتق عبده لم يعتق واحد يعني لو حلفا على عبدين كل
واحد منهما لأحدهما والمسألة بحالها لم يعتق واحد منهما لأن الجهالة في المقضي له والمقضي عليه
تفاحشت فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له بالحرية وسقوط نصف السعاية معلوم
والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفي هذه بالعكس لأن المجهول هو الغالب
فيها فامتنع القضاء لذلك فإن قيل يشكل هذا بما إذا كان بين رجلين عبد وأمة فقال أحدهما إن
دخل فلان الدار اليوم فالعبد حر وقال الآخر إن لم يدخل فالأمة حرة ولم يعرف أدخل أم لا
يعتق كل واحد منهما مع أن المقضي له بالعتق والمقضي عليه مجهول قلنا كل واحد منهما أقر بفساد
نصيبه في هذه المسألة لأن كل واحد منهما يزعم أن شريكه هو الحانث لأن الحالف بعتق العبد يقول
أنا ما حنثت وإنما حنث صاحبي في الأمة فعتق عليه نصيبه منها وفسد نصيبي بعتق نصيبه والآخر
يقول كذلك في العبد فيفسد نصيبه بزعمه وإن لم يقبل إقراره في حق صاحبه بخلاف مسألة
الكتاب فإن كل واحد منهما يزعم أن الآخر هو الحانث في عبده وليس له فيه نصيب حتى يكون مقرًا
بفساد نصيبه حتى لو تقايضا عتق عليهما لإقرار كل واحد منهما بحرية عبد الآخر فيفسد البيع
بإقرارهما وكان القياس أن لا يقع البيع بينهما بل يبقى عبد كل واحد منهما على ملكه لإقرارهما بذلك
ولكن لا يصدقان في حق العبدين لأن هذا البيع يوصلهما إلى العتق لإقرارهما بحريتهما ثم
إذا لزم كل واحد منهما إقراره في تلك المسألة في العبد والأمة يسعى كل واحد منهما في جميع
قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله فيكون بينهما نصفان وكذا عندهما إن كانا معسرين وإن كانا
موسرين يسعى كل واحد منهما للحالف بعتقه لأنه ينكر العتق فيه أصلًا وإنما يعتق بزعم صاحبه
بدعوى حنثه ولم يسع للآخر وهو غير الحالف فيه لأنه يدعي الضمان على صاحبه فيكون مبرئًا
للعبد هكذا ذكره في المحيط وفي الإيضاح أن كل واحد منهما يسعى في ثلاثة أرباع قيمته عند
أبي يوسف رحمه الله لأن النصف حر بيقين ولو اشترى العبدين في مسألة الكتاب رجل واحد
جاز وإن كان زعم المتبايعين أحد العبدين حر لأن كل واحد منهما يزعم أنه باع عبدًا وزعم المشتري
قبل دخوله في ملكه غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه وإذا صح الشراء
واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لأن زعمه معتبر في حق نفسه في هذه الحالة ويؤمر بالبيان
لأن المقضي عليه معلوم فصار كما إذا أقر بإعتاق البائع ثم ملكه ولو قال عبدي حر إن لم يكن
فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال لامرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت لأن باليمين
الأولى صار مقرًا بوجود شرط الطلاق وباليمين الثانية صار مقرًا بوجود شرط العتق
وقيل لم يعتق ولم تطلق لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل واحد من الشرطين

دائر بين الوجود والعدم فلا ينزل الجزاء بالشك كذا في النهاية وينبغي أن يفرق بين التعليق بالشرط
الكائن وبين غير الكائن فيقع في المعلق بالكائن لا في غير الكائن لأن الإقرار يتصور في الكائن
دون غيره وعن أبي يوسف رحمه الله يعتق ولا تطلق لأن باليمين الثانية صار مقرًا بنزول العتق
ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بوقوع الطلاق **قال** ومن ملك ابنه مع آخر
عتق حظه ولم يضمن ولشريكه أن يعتق أو يستسعي وإنما عتق نصيب الأب لما روينا وبينا من
المعنى وإنما لم يضمن الأب نصيب شريكه لانعدام التعدي منه وثبتت الخيارات المتقدم
ذكرها لما بينا هناك وقوله ومن ملك ابنه مع آخر يتناول ما إذا ملكه بالشراء أو بالهبة
أو بالصدقة أو الوصية أو الإمهار أو الإرث ولا فرق في ذلك بين أن يعلم الآخر أنه ابن
شريكه أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الأب في غير الإرث إن كان
موسرًا وإن كان معسرًا استسعى الابن في نصيبه وعلى هذا الخلاف لو حلف أحدهما بعتق عبد
إن ملك نصفه فملكاه بهذه الأسباب لهما أنه أفسد نصيبه بالإعتاق لأن مباشرته هذه
الأسباب إعتاق له ولهذا يجزيه عن الكفارة فصار كقوله أعتقت نصيبي بخلاف ما إذا ورثاه
لأنه جبري لا اختيار له فيه وله أن الشريك رضي بإفساد نصيبه حيث شاركه في علة العتق
وهو مباشرة أسبابه لأن مباشرتها إعتاق على ما تقدم وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما
حتى يختلف باليسار والإعسار خلافًا لما يروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه ضمان تملك كالاستيلاد
وليس بشيء وضمان الإفساد يسقط بالرضا كضمان الإتلاف بل أولى لأن ضمان الإتلاف لا يختلف
باليسار والإعسار فكان أقوى فإذا سقط الأقوى به فالأضعف أولى أن يسقط ودلالة الرضا
مساعدته على القبول وهذا في الشراء ظاهر لأنه لا يصح إلا بقبولهما فقد شاركه في العلة فصار
كأنه هو الذي أعتقه وأما في الهبة وأمثالها فلأنه إن لم يكن قبول أحدهما شرطًا لصحة
قبول الآخر لكنه إذا وجد القبول منهما صار قبولهما بمنزلة شيء واحد فصار المجموع علة واحدة
كما قلنا في القراءة في الصلاة فإن الفرض فيها قدر ما تجوز به الصلاة وهو آية ثم إذا قرأ أكثر
من ذلك صار الكل فرضًا فإذا صار المجموع علة وقد باشرها فلا يضمن بخلاف ما إذا قال
أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه عتق نصيب الحالف حيث يجب الضمان عليه
لأن علة العتق هناك قوله فهو حر ولم يشاركه فيه الضارب وإنما وجد منه الشرط وهو لا
تأثير له في الحكم فلا يسقط به الضمان فإن قيل يشكل على هذا ما لو قال المريض لامرأته إن دخلت
الدار فأنت طالق ثم دخلت فإنها ترث فجعلت راضية بمباشرة الشرط قلنا حكم الفرار يثبت
بشبهة العدوان ولهذا يثبت بتعليقه بفعله أو بفعلها الذي لا بد لها منه في صحته فكذا يسقط
بشبهة الرضا وقد وجد ذلك بمباشرة الشرط وأما هذا الضمان فلا يجب إلا بحقيقة العدوان ولم يوجد
الإتلاف أو الإفساد فكذا لا يبطل إلا بالرضا صريحًا أو بمباشرة العلة دون الشرط ولا فرق

في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله بين ان يكون الشريك عالما بانه ابن الشريك او لم يكن
لان سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطن لا يمكن الوقوف
عليه فصار بمنزلة شخص يقول لغيره كل هذا الطعام وهو طعام الامر والامر لا يعلم انه طعامه
فان المامور لا يضمن للامر شيئا لانه اتلفه باذنه حتى لو قال المغصوب منه ذلك للغاصب
وهو لا يعلم سقط الضمان عنه وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الشريك اذا لم يعلم انه
ابنه له ان يضمن الاب **قال** وان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه لان البائع
شاركه في العلة وهو البيع وهذا لان علة دخول المبيع في ملك المشتري الايجاب والقبول
وقد شاركه فيه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاب موسرا يجب عليه الضمان
وقد بينا وجههما ولو اشتراه ابوه من احد الشريكين وهو موسر لزمه الضمان بالاجماع اما عندهما
فظاهر واما عنده فلان الشريك الذي لم يبع لم يشاركه في العلة فلا يبطل حقه بفعل غيره
ولو كان مكان الابن جارية مستولدة بالنكاح فملكها الزوج مع غيره يجب عليه ضمان النصف
لشريكه كيف ما كان وان كان ملكها بارث والفرق ان ضمان ام الولد ضمان تملك وذلك لا ضمان
يختلف بين ان يكون بصنعه او بغير صنعه ولهذا لا يختلف بين اليسار والاعسار **قال**
عبد لموسرين دبره واحد وحرره اخر ضمن الساكت المدبر والمدبر المعتق ثلثه مدبرا لا ما ضمن
اي لو كان عبد بين ثلثة نفر موسرين دبره احدهم ثم اعتقه اخر فللساكت ان يضمن المدبر وليس
له ان يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا وليس له ان يضمنه الثلث الذي ضمنه
للساكت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله صار مدبرا للذي دبره اولا مرة
واعتاق المعتق باطل ويضمن لشريكيه ثلثي قيمته موسرا كان او معسرا واصله ان التدبير يتجزى
عنده كالعتق يتجزى عنده بمعنى انه ازالة الملك على ما بينا وعندهما لا يتجزى لان موجبه حق
الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية ولما كان التدبير متجزيا عنده اقتصر على نصيب المدبر وفسد
به نصيب الاخرين حيث امتنع عليه البيع والهبة فيكون لكل واحد منهما الخيار ان شاء دبر نصيبه
وان شا اعتقه وان شا كاتبه وان شا ضمن المدبر قيمة نصيبه قنا وان شا استسعى العبد في نصيبه
وان شا تركه على حاله لان نصيب كل واحد منهما باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه
طرق الانتفاع بالبيع ونحوه فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وبطل اختياره غيره
فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر لكون
الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في المضمونات عندنا حتى جعلنا الغصب ضمان معاوضة
حتى صححنا اقرار العبد الماذون له كاقراره بالبيع وغيره من المعاوضات وكذا الغاصب
اذا ابق العبد المغصوب عنده وضمنه ثم عاد كان له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن من القيمة ولا يلزم
من ذلك ان يبطل القضاء بالقيمة فيما اذا غصب ابريق ذهب فقضى عليه بالقيمة من الدراهم بعد

ما انكسر الابريق بعد ما افترقا قبل قبض القيمة لانا نقول الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك
وانما يثبت الملك ضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل فلا يظهر كونه معاوضة
وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير لكونه قنا عند
ذلك ولا يمكن ذلك في الاعتاق لاجل التدبير لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك فلهذا
يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان
يتقدر بقدر المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه
من جهة الساكت لان ملكه فيه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق التضمين وان ظهر في حق الاستسعا لقيامه مقام الساكت في حقه ولان الساكت
بنفسه لا يملك تضمين المعتق لما ذكرنا فكذا من قام مقامه ولو ضمن الساكت المدبر قبل
ان يعتقه الاخر ثم اعتقه كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثي قيمته لان الاعتاق وجد بعد ملك
المدبر نصيب الساكت والولا بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان
العبد عتق عليهما على هذا المقدار لان المدبر كان له ثلث العبد نصيبه وحصل له الثلث
بالضمان من جهة الساكت فتم له الثلثان وللمعتق الثلث الذي كان ملكه لا غير ولا يقال
اذا كان المدبر تملك نصيب الساكت بالضمان وجب ان يملك المعتق نصيب المدبر بالضمان
فوجب ان يكون له الثلثان من الولا وللمدبر الثلث لانا نقول ضمان المعتق نصيب المدبر ضمان
جناية لا ضمان معاوضة لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك بسائر الاسباب
فكذا بالضمان فلم يملكه بخلاف نصيب الساكت حيث يملكه المدبر بالضمان لان الملك
فيه يستند الى وقت التعدي وهو وقت التدبير ونصيب الساكت في ذلك الوقت
يقبل الانتقال من ملك الى ملك فافترقا واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا
للذي دبره وصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة فلا يصح اعتاق الاخر لخروجه عن ملكه
ولا يختلف هذا الضمان باليسار والاعسار لانه ضمان تملك بخلاف ضمان الاعتاق
حيث يختلف بهما لانه ضمان افساد وكذا ضمان التدبير عند ابي حنيفة رحمه الله يختلف
بهما لما ذكرنا فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى براس المال وهو الف عبدين قيمة
كل واحد منهما الف فاعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان او معسرا
وهو ضمان اعتاق ومع هذا لا يختلف بهما قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لا ضمان سراية الفساد
لانه حين اعتقهما افسد كلا منهما بالاعتاق لكون كل واحد مشغولا براس المال ولا يظهر نصيب
المضارب في واحد منهما بعينه ولهذا لو كانا ذوي رحم محرم منه لم يعتقا والاختلاف
بين اليسار والاعسار في الضمان ورد على خلاف القياس في سراية الفساد فلا يلحق به الافساد
ولا التملك ولا الاتلاف بغير العتق لانه ليس مثله **قال** ولو قال لشريكه هي ام ولدك

ايجاد الملك الثابت للضرورة
بتعذر اجتماعهما فاذا كان الاصل ان
معاوضة م

وانكر تخدمه يوما وتوقف يوما اي لو كانت جارية بين اثنين فزعم احدهما انها ام ولد صاحبه
وانكر الاخر ذلك فهي موقوفة يوما وتخدم المنكر يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل
للمقر عليها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا للمنكر ان يستخدمها وله ان يستسعيها
في نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبيل عليها وذكر في الاصل رجوع ابي يوسف رحمه الله الى
قول ابي حنيفة رحمه الله لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه استولدها
المنكر او اقر بالاستيلاد على نفسه كالمشتري اذا ادعى ان البائع كان اعتق العبد المبيع
قبل البيع والبائع ينكر يجعل كانه اعتقه المشتري حتى يحال بينهما ولا يسقط الثمن لانه لا يصدق
في حق البائع ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعي الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون
السعاية وكذا ليس له ان يستخدمها لانه تبرا منه بدعوى اسقاطها الى شريكه وليس للمنكر ان
يستخدمها لانه لما انكر نفذ على المقر فصار كان المقر استولدها او اقر بانه استولدها
وهو في ذلك لا يستخدمها فكذا هذا ولهذا لو شهد احد الشريكين على شريكه بعتق العبد المشترك
وانكر الاخر ليس له ان يستخدمه فاذا بطل الاستخدام وصارت ماليتها محبوسة عندها على
وجه لا يمكن تضمين الغير وجب عليها السعاية لانها هي التي تنتفع بذلك ثم تخرج الى الحرية وانما
قلنا لا يمكن تضمين الغير لان المقر ينكر الاستيلاد من جهته فصارت كام ولد النصراني اذا
اسلمت فانها تسعى في قيمتها وتخرج الى الحرية لتعذر الاستخدام والاستدامة على ملكه ثم اذا
ادت نصف قيمتها الى المنكر عتق كلها لان العتق لا يتجزى عندهما ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر
لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فثبت ما هو المتيقن به وهو
النصف ولا خدمة للمقر ولا استسعاء له عليها لانه تبرا عن ذلك بدعوى الاستيلاد من شريكه
وبدعوى الضمان عليه ولا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد لان الاقرار بامومية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب وذلك لا يرتد بالرد فكذا هذا فيكون اقراره باقيا على حاله ولا سعاية
عليها للمنكر ايضا لان استدامة ملكه ممكن بان يخدمه يوما ويوما لا ولا يصار الى السعاية
الا عند تعذر الاستدامة بخلاف ام ولد النصراني اذا اسلمت لانه لا يمكن استدامة الملك
فيها فتعينت السعاية وبخلاف ما اذا شهد احد الشريكين على صاحبه بعتق المشترك لانه لم يبق
للمنكر شي من الخدمة فلم يمكن استدامة ملكه فوجبت السعاية عليه للتعذر ولو مات المنكر
عتقت لاقرار المقر انها كانت ام ولد له ثم تسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر ولو جنت او جني
عليها كان النصف موقوفا عند ابي حنيفة رحمه الله والنصف على الجاحد وعندهما يلزمها الاقل
من قيمتها ومن ارش الجناية كالمكاتبة وقال ابو يوسف رحمه الله النصف على المنكر والنصف
النصف لانه في مال سيدها وكسبها ماله قال وما لا مر ولد نقوم اي ليس لها قيمة
وقالا لها قيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطيا واجارة واستخداما فتكون متقومة كالمدبر

ولهذا الوثاق لكل مملوك لي حر تدخل ام الولد فيه واستباحة الوطي دليل الملك لانه لا
يحل الا بالنكاح او بملك اليمين والاول منتف فتعين الثاني وبقا الملك اية بقا المالية
والتقوم اذ المملوكية في الادمي ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي التقوم
كالمدبر ولهذا اذا اسلمت ام ولد النصراني تسعى وهي اية التقوم ولابي حنيفة رحمه الله
قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني وقضيته الحرية
وزوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم
ايما امراة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه او قال من بعده رواه احمد
ولا معارض له في زوال التقوم فثبت ولان التقوم لا يثبت الا بالاحراز على قصد
التمول ولم يوجد فلا تتقوم وهذا لان الادمي ليس بمال متقوم في الاصل لانه خلق
لتمليك لا ليصير مالا مملوكا ولكن متى احرز على قصد التمول صار مالا متقوما ويثبت
به ملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازها كان لملك المتعة
والنسب لا للتمول فكانت محرزة احراز المنكوحات فلا تتقوم وملك المتعة ينفصل
عن التقوم كالمنكوحة ولهذا لم تبع في دين المولى ولان سبب الحرية فيها قد تحقق في الحال
لان اضافة الولد على الكمال اليه باتحاد النفسين فصارت كنفسه والى هذا اشار عمر
رضي الله عنه كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم الا
انه لم يظهر عمل هذا السبب في الحال في افادة حقيقة العتق ضرورة الحاجة الى
الانتفاع بها اذ قصده استفراشها الى الممات فيظهر في حق سقوط التقوم فاذا مات
استغنى عنها فظهرت حقيقة الحرية وقبله الحاجة باقية فلم يظهر بخلاف المدبر لان
الاصل فيه ان ينعقد السبب بعد الموت اذ التعليقات ليست باسباب في الحال وانما
تصير اسبابا عند الشرط وانما قلنا بانعقاد السبب في الحال ضرورة على ما نذكر
في موضعه ان شاء الله تعالى فيظهر اثر الانعقاد في حرمة البيع خاصة والنصراني يعتقد
تقومها وقد امرنا بتركه وما يدين كبيع الخمر والخنزير ولانا حكمنا بكتابتها عليه دفعا
للضرر عنها ووجوب بدل الكتابة لا يحتاج فيه الى التقوم قال فلا يضمن
احد الشريكين باعتاقها يعني اذا كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما عتقت
ولا يضمن المعتق للساكت شيا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن ان كان موسرا
وهذا يبني على انها متقومة ام لا وقد بينا المذهبين ويبنى على هذا الاصل عدة مسائل
منها اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لا يضمن وعندهما يضمن ومنها اذا مات احدهما
تعتق ولا تسعى للحي في شي عنده وعندهما تسعى في نصف قيمتها له ومنها اذا جاءت بولد
فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وصارت كلها له ولم يضمن لشريكه شيا ومنها اذا باع

جارية فجاءت بولد عند المشتري لاقل من ستة اشهر فمات الجارية وادعى البائع ان
الولد ابنه ثبت نسبه منه وياخذ الولد ويرد الثمن كله عنده وعندهما يرد حصة
الولد ولا يرد حصة الام وذكر في الكافي والنهاية ان ام الولد اذا جاءت بولد فادعاه
احدهما ثبت نسبه منه وعتق ولم يضمن لشريكه قيمة الولد عنده لان ولد ام الولد كامه
فلا يكون متقوما عنده وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى له الولد ان كان معسرا وفيه
نظر فان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك
وهكذا ذكره صاحب الهداية في باب الاستيلاد في الفتيه فصلا ان يكون ام ولد قبله
حتى قال لا يغرم قيمة ولدها وكذا ذكر غيره ولم يذكروا فيه خلافا فكيف يتصور ان يكون
سقوط الضمان لاجل انه كالامة عنده وعندهما يضمن وهو خلاف الاصل ولو كان مكان
الدعوى اعتاق كان مستقيما وذكر محمد رحمه الله في الزيادات ان ام الولد تضمن بالغصب
عند ابي حنيفة رحمه الله على نحو ما يضمن به الصبي الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم يضمن ولو
قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لا ان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب ولهذا يضمن الصبي
الحر مثله **قال** له اعبد فقال لاثنين احدكما حر فخرج واحد ودخل اخر وكرر
ومات بلا بيان عتق ثلثة ارباع الثابت ونصف كل من الاخرين اي رجل له ثلثة اعبد
فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر فخرج احدهما ودخل اخر فقال احدكما حر فمات
المولى قبل ان يبين عتق من الذي اعيد عليه القول وهو الذي سمي ثابتا ثلثة ارباعه
ونصف كل واحد من الاخرين وهو الخارج والداخل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو كذلك الا في الداخل فانه يعتق ربعه اما الخارج
فلان الايجاب الاول اوجب عتق رقبة وهو دائر بين الثابت والخارج فليس احدهما
اولى به من الاخر فيتنصف بينهما والايجاب الثاني كذلك وهو دائر بين الثابت والداخل
وكان بينهما نصفين غير ان الثابت استفاد بالايجاب الاول نصفا فكان ما اصابه بالايجاب
الثاني وهو النصف شايعا في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ
بقي فحصل له الربع فتم له ثلثة الارباع ولانه لو اريد بالثاني هو يعتق نصفه وان اريد
الداخل فلا يعتق فيتنصف فحصل له الربع بالثاني وبالاول النصف واما الداخل فمحمد
يقول ان الايجاب الثاني دائر بين الصحة وعدمها لانه لو اريد بالايجاب الاول الخارج
صح الايجاب الثاني لكونه دائرا بين العبدين فاوجب عتق رقبة وان اريد به الثابت
بطل الايجاب الثاني لكونه دائرا بين الحر والعبد فدار بين ان يوجب وان لا يوجب فيتنصف
الثلث فيعتق نصف رقبة منهما نصفان فيصيب كل واحد منهما الربع فصار كما لو كان رجعته لسوة
ولم يدخل بهن فقال لثنتين منهن احداكما طالق فخرجت واحدة منهما ودخلت اخرى فقال

احدا

١١

احداكما طالق ثم مات قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه
ومن مهر الداخلة ثمنه والثمن في الطلاق كالربع في العتاق لان كل الساقط فيه النصف
كما ان كل الواجب هناك الرقبة ولهما ان الكلام الثاني صحيح في حق الداخل من كل وجه
لان الكلام الاول يتناول المبهم منهما فصار بمنزلة المعلق بالبيان في حقيقتها ولهذا
لو جني عليهما بان قطع واحد ايديهما وجب عليه ارش العبد واذا صح الكلام الثاني في
حق الداخل كان الكلام الثاني في حقه بمنزلة الاول في حق الخارج فيعتق نصفه واما
يعتق من الثابت ربعه بالكلام الثاني لان الكلام الاول تنجيز في حقه حتى ثبت له المطالبة
بالبيان ويتعين للعتق اذا زالت المزاحمة بالموت او بالاخراج عن الملك ويشيع العتق
فيها اذا مات المولى قبل البيان لان قوله احدكما حر نكرة من وجه دون وجه فاعتبر
العتق واقعا في حقها ولم يعتبر تعليقا فاذا كان كذلك فان اريد بالاول الخارج صح
الكلام الثاني وان اريد به الثابت لم يصح فيردد الكلام الثاني بين الصحة وعدمه في حقه
فيتنصف فيعتق ربعه واما مسئلة الطلاق فقيل هو قول محمد رحمه الله واما على قولهما
فلها ثلثة ارباع مهرها ويسقط الربع ولئن كان قول الكل فالفرق لهما ان الكلام الاول
انما يعتبر تعليقا في حق الداخل في حكم يقبل التعليق واما في حق حكم لا يحتمل التعليق يكون
تنجيزا في حقه ايضا فالبراءة من المهر لا تقبل التعليق فيكون تنجيزا بالنسبة اليه فقد ثبت
التردد في الكلام الثاني بين الصحة وعدمه في حقه فيتنصف بخلاف العتق فانه يقبل التعليق
فلا يكون الكلام الثاني مترددا في حقه فثبت كله او نقول هو معتق البعض ومعتق البعض
عند ابي حنيفة رحمه الله مكاتب فلا يمنع صحة الكلام الثاني ووافقه ابو يوسف رحمه الله
فيه هنا لكونه غير معين ولهذا يسعى عندهما ايضا بخلاف الطلاق ولانه يقع بجزء منه
فيتردد الكلام الثاني بين الصحة وعدمه فيصح اذا اراد بالاول الخارجة والا فالابرا
عن نصف النصف فيوزع عليهما **قال** ولو في المرض قسم الثلث على هذا يعني لو كان
هذا القول منه في المرض قسم الثلث على قدر نصيبهم من سهام العتق لان العتق في المرض وصية
ولا مزيد لها على الثلث فيرد الى الثلث ويقسم بينهم على قدر سهامهم وشرح ذلك ان ننظر
الى مخرج اقل جزء من سهامهم وهو الربع وذلك اربعة فللثابت ثلثة اجزائه ولكل واحد
من الاخرين جزءان فبلغ سهام العتق سبعة فيقسم الثلث عليها فيسقط عن كل واحد منهم من السعا
قدر ما اصاب سهمه مثاله لو كان كل واحد قيمته سبع مائة درهم وليس له مال غيرهم
كان جميع ماله الفين ومائة وثلثه سبعمائة فاذا قسمت الثلث على سبعة اصاب كل واحد
مائة فمن كان له سهمان سقط عنه ما اصابهما وهو مائتان وهو الداخل والخارج ومن كان
له ثلثة اسهم سقط عنه ثلثمائة قدر ما اصاب سهامه ويسعى كل واحد منهم فيما بقي من قيمته فيسعى

منهم

الخارج في خمسة وكذا الداخل والثالث يسعى في اربعة وعند محمد رحمه الله يجعل
الملك اسداسا لاجل ان الداخل لا يستحق سوى الربع عنده فينقص سهمه لذلك ويبقى العمل
ما ذكرناه هذا اذا مات قبل البيان وان كان المولى في الحياة اجبر على البيان فحاصله ان هذه
المسألة على ثلثة اوجه احدها ان يموت المولى والثاني ان يموت العبد والثالث ان يكونوا
بالحياة فالاول قد ذكرنا حكمه والثاني ذكره فيما بعد والثالث حكمه ان يجبر المولى على البيان
ما دام حيا لانه هو المبهم فاذا بدا ببيان الكلام الاول فقال عنيت به الخارج عتق
وصح الكلام الثاني لانه صار دائرا بين العبدين فيؤمر ببيانه وان قال عنيت به الثابت عتق وبطل
الايجاب الثاني لانه دائر بين حر وعبد فيكون مخبرا صادقا في قوله احدكما حر فان قيل
العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء حتى كان له استخدامها قبله واعتبر
العدة من ذلك الوقت لو كان الابهام في الطلاق فلا يكون دائرا بين الحر والعبد قلنا
العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان انشاء من وجه اظهار من وجه لان قوله احدكما لا
يتناول المعين ولعدم البيان يصير واقعا في المعين فكان البيان انشاء من هذا الوجه ومن
حيث انه يجبر على البيان اذا خاصمه العبد كان اظهارا لانه لا يجبر على الانشاء فبالنظر
الى كونه انشاء صح الكلام الثاني وعتق به الداخل وبالنظر الى كونه اظهارا لا يصح الايجاب
الثاني فلا يعتق والعتق في الداخل غير ثابت فلا يثبت بالشك وان بدا ببيان الكلام الثاني
فان قال عنيت به الداخل عتق وتعين الثابت للكلام الاول فيعتق من بينته فيه فان قيل
ينبغي ان لا يعتق الداخل لاحتمال ان يعين الكلام الاول في الثابت فيكون الكلام الثاني دائرا
بين الحر والعبد فيكون باطلا قلنا الكلام الاول مبهم اذ لم يصادف المعين منهما فهو كالمعلق
بالبيان على ما بينا ولم يتصل بالمحل فكان الكلام الثاني صحيحا لكونه دائرا بين العبدين
فاذا صح الكلام صح بيانه في احدهما ايضا لكونه رقيقا وقت البيان وان تعين الاول الثاني
بعد ذلك في الثابت بخلاف المسألة الاولى وهو ما اذا بدا ببيان الكلام الاول فعينه
في الثابت حيث يبطل الكلام الثاني لانه دائر الساعة بين الحر والعبد والكلام الاول
تنجز من وجه على ما بينا فترجح جانبه لقيام الحرية في الحال وفي الاول ترجح جانب
التعليق لكونه رقيقا وقت البيان وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق به وعتق
الخارج بالكلام الاول وهذا ظاهر **قال** والبيع والموت والتحرير والتدبير بيان
في العتق المبهم اي اذا اعتق احد عبديه بغير عينه ثم باع احدهما او مات او اعتقه او دبره
تعين الآخر للعتق وصار بيانا لان بهذا الكلام اوجب عتقا مترددا بينهما عند قيام المحلية
فكانا فيه سواء فاذا فات المحلية تعين الآخر للعتق من غير تعيين لزوال المزاحم اما في الموت
فظاهر وكذا في البيع والهبة لانه لم يبق قابلا للاعتاق من جهته وكذا في الاعتاق لان المعتق

لا يعتق

لا يعتق وكذا في التدبير لانه صار حرا من وجه فلم يبق قابلا للاعتاق من كل وجه وهو
الواجب به فلم يبق محلا له ولا يقال يرد على هذا ما اذا قال لغلامين احدهما ابني
او قال لجاريتين له احدهما ام ولدي فمات احدهما لا يتعين الباقي للعتق ولا للاستيلاد
لانا نقول انه اخبار عن امر كائن والاخبار يصح في الحي والميت بخلاف البيان لانه في
حكم الانشاء فلا يصح الا في المحل وهو الحي فان قيل لو اشترى احد العبدين وسمى لكل واحد
منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك وهنا تعين العتق
في الحي قلنا قال علي القمي لا فرق بينهما فان الهالك يهلك على ملكه في الفصلين لان الهالك
في البيع دخل في ملكه حين اشرف على الهلاك لتعذر رده كما في المقبوض والكتابة وتعليق عتق
احدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع
كالبيع لان هذه التصرفات لا تصح الا في الملك فصار اقدامه عليها بيانا منه انه مملوك
له ومن ضرورته تعين الآخر للعتق ولا يقال الاجارة لا تختص بالملك لجواز اجارة الحر
لانا نقول الاستبداد باجارة الاعيان على وجه يستحق الاجر لا يكون الا بالملك فيكون
تعيينا لا له وهكذا يقول في الانكاح وقال في الكافي ذكر التسليم في الهبة والصدقة
في الهداية وقع اتفاقا يعني لا يحتاج اليه لان الاقدام عليه دليل على ابقائه لان هذا
تصرف لا يصح الا في الملك فلا يتوقف دلالته على القبض ولهذا استوى في البيع بين المطلق
وبين ما فيه الخيار لاحدهما وبين الصحيح والفاسد ولم يشترط القبض في الفاسد منه
وان كان لا يفيد الحكم الا به وروي عن ابي يوسف رحمه الله ان العرض على البيع كالبيع
والمعنى ما ذكرنا ثم لا فرق في هذا بين ان يكون العتق المبهم مطلقا او معلقا حتى يكون
هذه التصرفات بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فاحدكما حر فتصرف في
احدهما شيئا من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر لما بينا وكذا اذا استولد
احداهما تعينت الاخرى للحرية لما ذكرنا في التدبير **قال** لا الوطي اي لا يكون وطي
احدى الامتين في العتق المبهم بيانا حتى لا تعتق الاخرى وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا تعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء فصار
كما لو علقت منه وكما اذا وطي احدى المرأتين في الطلاق المبهم وله ان الملك باق فيهما
ولهذا كان له ان يستخدمهما وكان له الارش اذا جني عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة وهذا
لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله فصار كما لو قال ان
دخلت الدار فانت حرة او احداكما حرة فوطئها او وطي احداهما قبل دخول الدار
استخدام وهذا لان وطي الامة لقضاء الشهوة لا لطلب الولد فلا يراد به الاستبقاء فصار كالا
بخلاف ما اذا باع احدى امتيه على انه بالخيار ثم وطي احداهما او اشترى كذلك

ثم وطى احداهما حنث يتعين للبيع في الاولى غير الموطوءة وفي الثانية الموطوءة حتى لا يكون
للبايع ان يعين البيع في الموطوءة ولا للمشتري في غيرها لانه يؤدي الى انه وطى ملك
غيره لان الملك فيه يستند الى وقت العقد فتبين انه وطى ملك غيره وبخلاف وطى احدى
الزوجتين لان المقصود منه الولد فيكون دليلا على الاستبقاء ثم قال الاعتاق غير
نازل في المحل قبل البيان لتعلقه به ولهذا احل وطيها عنده ولكنه لا يفتى به للاحتياط
في باب الحرمات او نقول هو نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر
يقبله بان اشترى احد العبدين على انه بالخيار ان ياخذ ايهما شاء والمنكر لا يقبل الوطى
لان الوطى فعل حسي فلا يتصور وقوعه في غير المعين فلا يحمل العتق المبهم في المعينة
او نقول ان حل الوطى يبنى على ملك المتعة والعتق محله ملك الرقبة فلم يتحد محلها
فلا يتحقق المنافاة لان من شرط المنافاة اتحاد المحل **قال** وهو والموت
سواء في الطلاق المبهم اي الوطى والموت يكونان بيانا في الطلاق المبهم وقد بينا
المعنى فيه والفرق بين الطلاق والعتق في الوطى **قال** ولو قال ان كان اول ولد
تلدينه ذكرا فانت حرة فولدت ذكرا وانثى ولم يدر ايهما ولد اولا عتق نصف
الام والانثى اي رجل قال لامته ان كان اول ولد تلدينه ذكرا فانت حرة الى اخره
وهذه المسئلة على وجوه احدها ان يوجد التصادق بعدم العلم وجوابه ما تقدم وهو
ان يكون الغلام رقيقا ويعتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد
منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فالام بالشرط والجارية بالتبعية
اذ الام عتقت قبل ولادتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم
الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف اما الغلام فيرق في الحالين لان
ولادته شرط لحرية الام فيعتق بعد ولادته فلا يتبعها واعتبار الاحوال معتبر شرعا
اذا اشتبه الاحوال لما روي انه صلى الله عليه وسلم بعث اناسا الى بني حنيفة للقتال
فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلما بلغه صلى الله
عليه وسلم ذلك قضى بنصف العقل لتردد حالهم لانه يحتمل انهم سجدوا لله ويحتمل انهم سجدوا
لغيره فصار اصلا في اعتبار الاحوال والثاني ان يدعي الام ان الغلام ولدته اولا وانكر
المولى ذلك والجارية صغيرة فالقول قول المولى لانه ينكر شرط العتق ويحلف على العلم
لانه فعل الغير فاذا حلف لم يعتق واحد منهما الا ان تقيم البينة على ذلك وان نكل عتقت
الام والبنت لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لا سيما
اذا لم يعرف لها اب بخلاف ما اذا كانت كبيرة والثالث ان يوجد التصادق بان الغلام
هو الاول فيعتق الام والبنت دون الغلام والرابع ان يوجد التصادق بان البنت هي
لاول

الاولى فلا يعتق منهم احد والخامس ان تدعي الام بان الغلام هو الاول ولم تدع البنت
وهي كبيرة فانه يحلف المولى فان حلف لم يعتق احد منهم وان نكل عتقت الام دون البنت
لان النكول حجة ضرورية فلا يتعدى ولا ضرورة في غير المدعية هكذا ذكروا وهذا يشير
الى انها لو اقامت البينة يتعدى والسادس ان تدعي البنت وهي كبيرة ان الغلام هو الاول
ولم تدع الام فتعتق البنت اذا نكل دون الام لما ذكرنا هكذا نصوا في الكافي ولا يقال
وجب ان يعتقا اذا نكل عندهما لانه اقرار عندهما فاذا اقر بحرية احداهما صار اقرارا
بحرية الاخرى لانا نقول اقرار بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول
حتى يحكم به الحاكم والدليل عليه ما ذكره محمد رحمه الله في الاصل رجل قال لغيره انا
كفيل بكل ما يقر لك به فلان من المال فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف
فنكل فقضي عليه بالمال لا يصير كفيلا به ولو كان اقرارا من كل وجه لصار كفيلا به
وقال في النهاية قال في المبسوط وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي
ذكره ليس بجواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله
ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم ارقاء
واما جواب الكتاب ففي فصل اخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولد
تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولم يدر ايهما اول
فالغلام رقيق والجارية حرة فيعتق نصف الامة ان ولدت الغلام اولا والا فهي حرة
والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والامة والغلام رقيق فالام
تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق
نفسها او بعتق امها تبعا هكذا قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لان
الشرط اذا كان في طرف واحد فالقول قول من ينكر وجوده كدخول الدار ونحوه وان
كان الشرط مذكورا في جانب الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج
فيه الى اعتبار الاحوال **قال** ولو شهدا انه حرر احد عبديه او امتيه لغت
الا ان يكون في وصية او طلاق مبهم اي لو شهد رجلان على رجل انه اعتق احد مملوكيه
لا تقبل الشهادة فيه الا ان يكون في وصية استحسانا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا تقبل الشهادة ولو شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج
على ان يطلق احداهن بالاجماع واصل هذا ان الشهادة بعتق العبد من غير دعوى العبد
لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل وفي الطلاق تقبل اجماعا لهما ان العتق
حق الشرع وعدم الدعوى فيه لا يمنع قبول الشهادة فيه الا يرى انه لا يحتاج فيه الى
قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به وانما يحلف بما هو حق الله تعالى ويجوز الحلف به

في المجهول ولا يصح ايجاب الحق للمجهول ويتعلق به حرمة استرقاقه والحرمة حق الله تعالى
قال صلى الله عليه وسلم ثلثة انا خصمهم وعد منهم من استرق حرا ويتعلق به تكميل الحدود
ووجوب الجمعة والزكاة والحج ويثبت به اهلية الشهادة والولاية ولا يمنع قبول الشهادة
بالتناقض في دعوى العتق حتى لو اقر بالرق لانسان ثم ادعى حريته الاصل واقام بينة
تقبل بينته ولو كانت الدعوى شرطا لكان مانعا لان التناقض يعدم الدعوى ولهذا
لا يشترط الدعوى في عتق الامة بمنزلة طلاق المرأة وهذا دليل على انه حق الله تعالى
ولهذا كان قربة يتادى به بعض الواجبات فان قيل على هذا وجب ان تقبل شهادة الفرد
لكونه امرا دينيا قلنا انه الزام وان كان دينيا فلا يثبت الا بحجة تامة ولابي حنيفة رحمه الله
ان المشهود به حق العبد لانه يثبت به القوة الحكمية لنفسه والقوة الحقيقية حقه لان
نفسه حقه بجميع معانيه واوصافه والقوة الحكمية منها لانه تصير بها مالكا لنفسه واكسابه
وما لكه الاكساب حق المالك لانها عبارة عن اختصاص يتمكن به المصالح المتعلقة مزادامنه
به وما وراء ذلك ثمرات العتق ولا عبرة به وانما العبرة للمشهود به فاذا كان حق العبد
يتوقف قبول البينة فيه على دعواه وحق العبد قد لا يتوقف على قبوله ولا يرتد برده
كالعفو عن القصاص والتناقض عفو فيه لخفائه كدعوى النسب بخلاف عتق الامة لانه
تضمن تحريم الفرج وحرمة الفرج حق الله تعالى فصار كطلاق المنكوحة واذا كان
الدعوى شرطا عنده لم يتحقق في عتق احدهما لان الدعوى من المجهول لا تصح فلا تقبل
الشهادة فيه وفي عتق الامة انما قبلت لتضمنها تحريم الفرج وليس في عتق احد الامتين
ذلك لان العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج على ما بينا فيكون الدعوى شرطا فيه بخلاف
الطلاق المبهم لانه يتضمن تحريم الفرج فيكون حقا لله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى اجماعا
فان قيل لو كان سقوط الدعوى في عتق الامة لثبوت حرمة فرجها على المعتق لما قبلت على عتق
الامة المجوسية واخته من الرضاع وامثالهما وعلى الطلاق الرجعي لعدم تضمن الحرمة قلنا
لا يخلو عن اثبات حق الله تعالى فيه اما الرجعي فقد انعقد سببا للحرمة لانها تحرم به عند
انقضاء العدة وينتقص به العدد ايضا وهو نوع من الحرمة والامة المجوسية لا يوجب
وطئها الحد ولا يسقط به الاحصان ما دامت في ملكه وبعد العتق يوجب الحد ويسقط
به احصانه وكذا اخته من الرضاع لا يوجب وطئها الحد ما دامت في ملكه وبضعها
مملوك له حتى يملك تمليكه ويملك العقر اذا وطئت بشبهة ولان الامة متهمة في ترك الدعوى
او في انكارها لما لها من الحظ عند المولى فلا يعتبر انكارها بخلاف العبد حتى لو كان
العبد متهما بان وجب عليه حد او قصاص في طرفه فانكر العتق لا يلتفت الى انكاره
وفي حرية الاصل قيل لا يشترط الدعوى اجماعا لانه يتضمن تحريم فرج الام وقيل يشترط لا

ذكرنا

ذكرنا وان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في مرضه او
في صحته تقبل استحسانا والقياس ان لا تقبل لما ذكرنا ان العتق في مرض الموت وصية
حتى اعتبر من الثلث والتدبير وصية سواء كان في المرض او في الصحة والخصم في تنفيذ
الوصية هو الموصي لان وجوب تنفيذ الوصية لحقه ونفعه يعود اليه وانكاره مردود
لانه سفه وهو معلوم وله خلف وهو الوصي او الوارث فتحقق الدعوى من الخلف
ولان العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحد منهما نصفه فتحقق الدعوى
من كل واحد منهما فصار كل منهما خصما معينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته
احدكما حر فلا رواية فيه فقال بعض مشايخنا لا تقبل لان العتق في الصحة ليس بوصية
والاصح انه تقبل اعتبارا للشيوع

باب الحلف بالدخول

قال رحمه الله ومن قال ان دخلت فكل مملوك لي يومئذ حر عتق ما يملك بعده به اي اذا قال
ان دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ حر عتق ما ملكه بعد اليمين بدخول الدار لان معنى
قوله يومئذ يوم اذ دخلت الدار فحذف الجملة وعوضه التنوين فاعتبر قيام الملك
وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم الحلف عبد فبقي في ملكه حتى دخل عتق لما
قلنا من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول فان قيل ينبغي ان لا يعتق بهذا اليمين من
لم يكن في ملكه يوم الحلف لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فلا يتناول
ما سيملكه قلنا انه لم توجد الاضافة الى الملك صريحا فقد وجدت دلالة لان المملوك
لا يكون بدون الملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا فهو حر وقت دخولي الدار بخلاف
ما اذا قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار حيث لم يعتق
لانه لم توجد الاضافة الى الملك لا صريحا ولا دلالة **قال** ولو لم يقل يومئذ
لا اي لو لم يقل في يمينه يومئذ بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي حر لا يعتق من ملكه
بعد اليمين لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل
الشرط عليه تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي في ملكه الى وجود الشرط وهو الدخول
ولا يتناول من اشتراه بعده لعدم الاضافة الى الملك او الى سببه ونظيره ما لو قال
كل مملوك لي حر غدا لا يعتق من ملكه بعد اليمين لما قلنا وعلى هذا لو قال ان دخلت الدار
فكل مملوك املكه حر ينصرف الى المملوك للحال لان املكه للحال وان قال يومئذ ينصرف
الى ما ملكه يوم دخول الدار مع ذلك لما ذكرنا **قال** والمملوك لا يتناول
الحمل اي لفظ المملوك لا يدخل تحته الحمل لانه يتناول المملوك المطلق والحمل مملوك تبعا

للام لا مقصودا فلا يدخل تحت المطلق ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس
دون الاعضا حتى لو قال كل مملوك لي حر وكان له حمل مملوك بطريق الوصية بان اوصى
له بالحمل فقط او قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لاقل من
ستة اشهر لم يعتق لما ذكرنا وكذا لا يدخل المكاتب فيه لانه ليس بمملوك من كل وجه
لانه حر يدا وخرج من يد المولى حتى يستحق الارش على المولى ان جنى عليه وان كان رقه
كاملا خلاف ام الولد والمدبر لان ملكه فيهما كامل وان كان الرق فيهما ناقصا على ما
يجي في الايمان ان شا الله تعالى **قال** كل مملوك لي او املكه حر بعد غد او بعد موتي
يتناول من ملكه منذ حلف فقط يعني اذا قال كل مملوك لي حر بعد غد او قال كل مملوك
املكه فهو حر بعد غد او قال بعد موتي يتناول من كان في ملكه يوم حلف ولا يتناول ما
ملكه بعد اليمين حتى يعتق بعد غد ويكون مدبرا في الحال من كان في ملكه في ذلك الوقت
ولا يعتق ولا يصير مدبرا من ملكه بعد ذلك لان قوله كل مملوك لي للحال على ما بينا وكذا
كل مملوك املكه ولهذا يستعمل فيه بغير قرينة وللاستقبال بقرينة من سين او سوف فتنصرف
مطلقه الى الحال فكان الجزا حرية المملوك او تدبير المملوك في الحال فلا يتناول ما يشتريه
بعد اليمين **قال** وبموته عتق من ملكه بعده من ثلثه ايضا اي يعتق بموت المولى
من ملكه بعد اليمين من ثلث ماله ايضا وهذا عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتق
من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا فلا يتناول ما سيملكه ولهذا
صار من كان في ملكه وقت اليمين مدبرا ولا يصير الاخر مدبرا ولهذا لا يعتق في قوله كل
كل مملوك لي او كل مملوك املكه حر بعد غد الا من كان في ملكه وقت اليمين وبه استدل
عيسى عليها ولهما ان هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع
بعد الموت ويكون حال الموت فيها مقصودا الا ترى ان من اوصى بثلث ما يملكه وليس
له مال او كان له مال واستحدث غيره يتناول ولهما اذا بقيا في ملكه الى الموت وكذا
اذا اوصى لاولاد فلان وله اولاد وولد له بعد ذلك اولاد دخلوا الكل في الوصية
فاذا ثبت هذا فنقول قوله كل مملوك لي او كل مملوك املكه يتناول الحال لما مر
فصار ايجابا من هذا الوجه وهو ايضا ايضا لما ذكرنا فيتناول ما يملكه عند الموت
لما مر فيعتبر فيه حالة الموت فجعلنا موجبها فاعملنا الايجاب في المملوك واعملنا الوصية
فيه وفي المستحدث فاذا ثبت ولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم داخلا فيه
بلا احتمال فصار مدبرا والذي يملكه بعد ذلك فيه احتمال لانه ان بقي الى موته في ملكه
صار داخلا فيه باعتبار الوصية والا فلا فصار كالمدبر المقيد لجواز تصرفه فيه بالاخراج
عن ملكه وما بينهما ليس حال الايجاب العتق ولا حال اعتبار الوصية فلا يدخل خلاف

قوله بعد غد لانا انما الحقنا المستقبل بالحال اذا قام الدليل عليه وهو الايصا ولم
تقم الدليل في قوله بعد غد فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال في لفظ واحد
فيلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز او تعميم المشترك على ما اختلفوا في الفعل المضا
وذلك لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود حالة الاعتاق لكن حالة الاعتاق
هو حال التكلم من وجه ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عنده لكن بالكلام
السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم كحالة واحدة في المعنى وهو حال وجود
العلة قلنا ولهما باعتبارها او نقول هذا الكلام ايجاب عتق وايصا والايجاب
لا يصح الا في الملك او مضافا الى سببه والوصية لا يصح الا في الموجود عند الموت
فجمعنا بينهما باعتبار سببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا
كما قال فيمن قال لله علي ان اصوم رجبا ونوى النذر واليمين فان ابا يوسف
يمنع الجمع بينهما وقد عرف في موضعه وهذا كله فيما اذا لم يكن له نية واما اذا نوى
فيتناول الكل لانه نوى التشديد على نفسه فيصدق

باب العتق على جعل

قال رحمه الله حر عبده على مال فقبل عتق اي اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق
وذلك مثل ان يقول انت حر على الف او بالف او على ان لي عليك الفا او على الف تودها
او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف وانما يعتق بقبوله لانه علق عتقه بقبول المال
ولانه معاوضة ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع
فاذا قبله العبد صار حرا في جميع احكامه والمال دين عليه لانه التزمه بقبوله وكانت
ذمته صالحة وقد تاكدت بالعتق وجاز ان يجب المال بمثله وان لم يملك بمقابلته ما سقط
من حق المولى شيا كما يجب بالخلع وان لم يملك المراة شيا بازا ما سقط من حق الزوج وكما
يجب بالصلح عن دم العمد وهو دين وجب عليه بعد الحرية حتى صحت الكفالة به فلا يود
الى التنافي بخلاف بدل الكتابة لانه وجب مع المنافي لانه يسعى وهو عبد والاصل ان لا
يكون للمولى على عبده دين فلم يكن بدل الكتابة دينا مطلقا اذ الدين ما لا يمكن المدين
الخروج عنه الا بالقضا او الابرا ودين الكتابة يمكنه الخروج عنه بالعجز واطلاق
لفظ المال يتناول انواعه حتى الحيوان وان لم يكن معينا بعد ان يكون معلوم الجنس ولا
يبالي بجهالة الوصف كالجودة والرداة لانها يسيرة ولا بجهالة النوع لانه معاوضة
المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وانها لم تمنع الجهالة اليسيرة

من صحة هذه العقود لانه يجري التسامح فيها فلا يكون مانعة من التسليم والتسلم والمسا
باعتباره ولهذا لو عقدت على ملك الغير ولم يعرف صاحبه عين قيمته ولا تفسد العقد
مع ان القيمة مجهولة بخلاف البيع **قال** ولو علق عتقه باداء الف صار ماذونا اي
لو علق المولى عتق العبد باداء المال صار العبد ماذونا له في التجارة لانه لا حالة له على
ذلك لانه حثه على اداء المال ولا يتمكن من ذلك الا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب
بالتكدي لانه امارة الخساسة فتعين التجارة لانها هي المعتادة ولا يصير مكاتبا لان صيغته
صيغة التعليق وهو ان يقول ان اديت الي الفا فانت حر ونحوه فيتعلق عتقه باداء المال
كتعلقه بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يبطل بالرد وللمولى ان
يبيعه والكتابة توجب المال على العبد بالقبول فيثبت له بمقابلته ما يحصل للمكاتب
من ملك اليد والكسب وهنا لم يجب من المال على العبد شيء لعدم ملك اليد والكسب
ثم ان قال ان اديت الي يقتصر على المجلس وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقتصر حتى لو
باعه ثم اشتراه وادى يجبر على القبول ولا يعتق لانه تعليق محض فلا يقتصر على المجلس
كما في التعليق بسائر الشروط وكما اذا قال متى اديت او اذا اديت وجه الظاهر
ان هذا بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لتخييره بين الاداء والامتناع ولو قال ان شئت
فانت حر يتوقت به فكذا هذا بخلاف متى واذا لانهما للوقت على ما بينا في الطلاق
قال ويعتق بالتخلية ومعنى هذا الكلام ان العبد اذا احضر المال بحيث
يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال اجبره الحاكم ونزله قابضا بذلك وحكم
بعتق العبد تنجيزا ولا وهو تفسير الاجبار في سائر الحقوق وقال زفر رحمه الله لا يجب
على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لانه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف
على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه ان يبيعه قبل الاداء ولا يصير العبد احق باكسابه
ولو ابراه المولى لا يعتق ولا يعتبر ابراؤه ولو تبرع به غيره وادى عنه لم يعتق ولو
حط عنه البعض بطلبه وادى الباقي لم يعتق ولو مات وترك مالا فهو للمولى ولو مات
المولى لا يعتبر اداؤه الى الورثة ولا تبعه اولاده فاذا كان تعليقا لا يجبر على الحنث
كما اذا علقه بغيره من الشروط فاذا لم يقبل المولى لم يعتق لان الشرط اداء متصل
بقبوله لمكان قوله الي فلا يستقل العبد بخلاف المكاتب لان الكتابة معاوضة والبدل
فيها واجب فاحتجنا الى جعل المولى قابضا ليتخلص عن عهدة الوجوب ولنا ان هذا اللفظ
باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المقصود معاوضة لانه حثه على اكتساب المال
ورغبه في الاداء بما جعل له فيه من العتق وهذا معنى الكتابة وهذا المال عوض من وجه
حتى لو طلقها بهذه الصفة كان لازما وكان الطلاق بائنا وما تردد بين امرين يوفر

باداء العبد

حظه عليهما فوفرنا عليه حكم التعليق ابتداء في حق تلك الاحكام رعاية للفظ ودفعا
للضرر عن المولى ووفرنا عليه حكم الكتابة في الاخرة فاجبرنا المولى على القبول دفعا
لضرر الغرور عن العبد لانه لم يتحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية
نظيره الهبة بشرط العوض فانه جعل هبة ابتداء حتى اعتبر التقابض في العوضين وبطل
بالشيوع وجعل بيعا انتهاء حتى يرد بخيار العيب والرؤية عملا بالشبهين ولو ادى
البعض يجبر على القبول باعتبار الجزء بالكل لكنه لم يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط
بخلاف الكتابة فانها معاوضة فيعتق فيها بالابراء وغيره من الاحكام التي ذكرنا
وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان المولى لا يجبر على قبض البعض لانه انما يكون كالمكاتب
اذا كان يعتق بالاداء ولا يقال كيف يجعل معاوضة وكلاهما مال المولى لانا نقول
لما ثبت معنى المعاوضة من الوجه الذي بينا انه كالكتابة ثبت معنى المعاوضة قبل
الاداء اقتضاء وكان احق بكسبه وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله فانه يكون
احق بذلك المال ولو اداه عتق ثم اذا ادى الفا اكتسبها بعد التعليق عتق ولم يرجع
المولى عليه لانه ماذون له بالاداء منه وان فضل منه شيء فهو للمولى لانه كسب عبده ولو
ادى الفا اكتسبها قبله رجع للاستحقاق وهو لا يمنع العتق كما لو ادى مغصوبا فاستحق
هذا اذا كان المال معلوما وان كان مجهولا بان قال اذا اديت الي دراهم فانت حر
لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا يكون في المعاوضة فلا يمكن حملها على الكتابة
فيكون يمينا محضا ولا جبر فيها **قال** وان قال انت حر بعد موتي بالف فالقبول
بعد موته لان ايجاب العتق اضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود
الايجاب فصار كقوله انت طالق غدا ان شئت فانه لا يعتبر مشيئتها قبل غد وكذا لو
قال لعبده انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم
حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال
دينا لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده مالا الا ان يكون مكاتبا فيسقط بخلاف
ما اذا اعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال فان قيل اذا لم يجب المال
فما فائدة القبول قلنا فائدته ان يكون مدبرا لوجود الشرط لان التدبير معلق بقبول
المال فلا يكون مدبرا ما لم يقبل ونظيره ما لو قال انت حر على الف درهم بعد موتي
فانه يعتبر القبول منه في الحال فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما ذكرنا وعلى
لو قال ان شئت فانت طالق غدا فالمشيئة في الحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان
شئت حيث يكون المشيئة فيه في غد لما ذكرنا وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر المشيئة
في الغد فيهما لان الطلاق يتوقف على مجيء الغد فيهما فكذا المشيئة وقال زفر رحمه الله المشيئة

في الحال فيهما اذ لا فرق في الايمان بين تقدم المشيئة وتاخيرها ولو قدم المشيئة
يعتبر المشيئة في الحال اجماعا فكذا اذا اخرها قال لو قال في مسئلة الكتاب لا يعتق وان قيل
بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للعتق وهذا صحيح لان العتق
ليس بمعلق بالموت وفي مثله لا يعتق الا باعتاق الوارث كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر
بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق واحد فان قيل اهلية
المعلق ليس بشرط وقت وجود الشرط الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بشرط ثم
جن ووجد الشرط وهو مجنون فانه يقع الطلاق والعتاق فوجب ان يكون هنا مثله
قلنا نعم اذا كان ملك المعلق قائما وقت وجود الشرط وهنا خرج ملكه وبقي للوارث
ومتى خرج عن ملكه لا يقع بوجود الشرط مع وجود الاهلية فما ظنك عند عدمها ولانه
لما تاخر العتق عن الموت صار بمنزلة الموصى بعتقه وذلك لا يعتق الا باعتاق الوارث
او الوصي او القاضي فكذا هذا **قال** ولو حرره على خدمته سنة فقبل عتق يعني
من ساعته لان الاعتاق في الذي يشترط فيه وجود القبول لا وجود المقبول كما في سائر
العقود وصورة المسئلة ان يقول له اعتقتك على ان تخدمني واما اذا قال ان خدمتني
كذا مدة فانت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة **قال**
وخدمه لانه سلم له المبدل فيجب عليه تسليم البدل **قال** فلو مات تجب قيمته
اي لو مات المولى او العبد يجب قيمته عليه ويؤخذ من تركته ان كان الميت هو العبد
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة الخدمة
في المدة وهو قول ابي حنيفة اولا وهذا الخلاف بني على خلافية اخرى وهي ما اذا
باع العبد من نفسه بجارية او اعتقه عليها ثم هلكت قبل القبض او استحقت يرجع المولى
عليه بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد رحمه الله وعلى هذا لو اعتق الذمي
عبده على خمر في الذمة فاسلم يجب عليه قيمة نفسه عندهما وعنده قيمة الخمر له
انه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار
كما لو تزوج امراة على عبد فاستحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر
المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى ولذا المنافع صارت
مالا بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض او استحقت
فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة وعلى هذا لو استاجر دارا الى سنة
بعبد فقبضه فهلك عنده بعدما خدمت الدار او استحقت فانه يرجع عليه بقيمة العبد
فكذا هذا لان الاجارة مبادلة مال بمال لان المنافع تصير مالا بورود العقد عليها
ولهذا يجوز التزوج على منافع الدار ونحوها وسوى هنا بين موت المولى والعبد وطعن

علي

عليه وقال هذا غلط يعني فيما اذا مات المولى بل ياخذه ورثته بما بقي على العبد من الخدمة
لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه فيه بعد موته كما لو اعتقه على الف درهم واستوفى
بعضها ومات وذكر في ظاهر الرواية يقول الناس يتفاوتون في الخدمة وكان الشرط
في العقد خدمة المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد قال شمس الائمة
السرخسي ان هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهي معروفة
بين الناس لا يتفاوتون فيها فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة
عن المنفعة وهي لا تورث فلا يمكن ابقاء عين المنفعة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر
قيمة نفسه او قيمة المنفعة على حسب اختلافهم وفي قوله لا يتفاوتون فيها نظر فان خدمة
الفقراء اسهل من غيرهم وخدمة الشيخ اصعب من الشاب وقد يكون كثير من خدمة
الواحد اسهل من خدمة الجماعة وهذا ظاهر **قال** ولو قال اعتقها بالف على ان تزوجنيها ظاهر
ففعل فابت ان تتزوجه عتقت مجانا لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم
علي لا يلزمه شيء ووقع العتق بخلاف ما اذا كان ذلك في الطلاق وقد حققناه في عتق
الحمل وقوله اعتقها بالف على ان تزوجنيها من غير ذكر لفظة علي قبل قوله على ان تزوجنيها
وهكذا ذكر في عامة نسخ الهداية وقد ذكرها في بعض النسخ وهو الحق وعليه يدل
على ذلك فانه قال لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا
يجوز ولا يكون اشتراطا على الاجنبي الا اذا قال علي فيكون الصواب ان يقول اعتق امتك
بالف درهم علي على ان تزوجنيها **قال** ولو زاد عني قسم الالف على قيمتها ومهر
مثلها ويجب ما اصاب القيمة فقط اي لو زاد لفظة عني والمسئلة بحالها بان قال اعتق
امتك عني بالف درهم علي على ان تزوجنيها فابت ان تتزوجه قسمت الالف على قيمتها
وعلى مهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر سقط لانه لما قال
عني يتضمن الشراء اقتضاء على ما تقدم في اخر باب نكاح الرقيق واذا كان كذلك فقد قابل
الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب عليه حصة ما سلم له وهو
الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه
مقتضى لصحة العتق عنه فيكون تبعا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضي
وهو العتق فلهذا وجب عليه حصته من الالف المسمى ولو كان فاسدا لوجبت عليه القيمة
ولو زوجت نفسها منه في الوجهين لم يذكره في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان
مهرا لها في الوجهين لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فينقسم عليهما فيجب عليه عوض
ما سلم له دون غيره ولو اعتق امته على ان تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز جعل العتق صداقا لأنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها قلنا كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر فإن أبت أن تتزوجه فعليها قيمتها في قولهم جميعا وكذا لو أعتقت المرأة عبدا على أن يتزوجها فإن فعل فلها مهرها وإن أبى فعليه قيمته

باب التدبير

قال رحمه الله هو تعليق العتق بمطلق موته أي موت المولى هذا في الشريعة وفي المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك والأول أحسن لأن الثاني يرد عليه المدبر المقيد بأن قال إن مت في سفري أو مرضي هذا أو مرض كذا أو نحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موت المولى والتدبير مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد فهي معتقة عن دبر منه وفي اللغة التدبير هو النظر فيما يؤول إليه عاقبته ودبر الرجل إذا ولى فكأنه مأخوذ من دبر الحياة أو من التدبير لأنه دبر نفسه فيه حيث استخدمه في حال حياته وتقرب به إلى الله تعالى بعد وفاته قال كإذا مت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت أو عن دبر مني أو دبرتك أي كقوله إذا مت فأنت حر إلى آخره وهذا تمثيل للتدبير المطلق لأنه علق عتقه بمطلق موته فيصير به مدبرا لأنه صريح فيه ويوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت فيكون مدبرا مطلقا لاحتمال أن يموت بالليل وكذا لو قال أعتقتك بعد موتي أو أنت عتيق أو معتق أو محرر بعد موتي إلى غير ذلك من ألفاظ العتق وكذا إذا قال إن مت فأنت حر لأنه تعلق بالموت وإن كان كائنا لا محالة وكذا إذا قال إن حدث بي حدث فأنت حر لأن الحدث يراد به الموت عادة وكذا إذا قال أنت حر مع موتي لأن قران الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه فكان إثباتا للعتق في حال وجود الموت وكذا لو قال في موتي لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل يصير شرطا كقوله أنت طالق في دخولك الدار وكذا إذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لأنه بمعناه ولا يحتاج إلى النية في هذه الألفاظ لأنها صريح فيه ويكون مطلقة لعدم تقييده على صفة فحاصله أن ألفاظه ثلاثة أنواع أحدها أن يصرح بالتدبير بأن يقول دبرتك أو يضيفه إلى ما بعد موته كقوله أنت حر بعد موتي أو نحو ذلك وروى هشام عن محمد رحمه الله أنه إذا قال أنت مدبر بعد موتي يصير مدبرا للحال لأن المدبر اسم لمن يعتق عليه بعد موته فصار كقوله أنت حر بعد موتي والثاني أن يكون بلفظ التعليق كقوله إن مت فأنت حر

ونحوه من القران بالموت أو التعليق به والثالث أن يكون بلفظ الوصية بأن قال أوصيت لك برقبتك أو بعتقك لأن العبد لا يملك نفسه فكانت الوصية به وصية بالعتق وكذا لو أوصى له بثلث ماله لأن رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته وهو يملك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه إعتاق لأنه لا يملك نفسه فصار كأنه قال أنت حر بعد موتي قال فلا يباع ولا يوهب وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه وغيره من التصرفات لما روي عن جابر رضي الله عنه أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فأخذه النبي صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه مني فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه إليه متفق عليه وفيما رواه النسائي كان عليه دين فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال له اقض دينك وأنفق على عيالك ولأن التدبير تعليق العتق بالشرط ولا أثر له في المحل قبل وجود الشرط فلا يمنع جواز التمليك كما لو علقه بغيره من الشروط وكالمدبر المقيد ولأن التدبير وصية حتى يصح بلفظ الوصية ويعتبر من الثلث والوصية لا تمنع الموصي من التصرف ولنا ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث احتج به الطحاوي وغيره من الأئمة وروى أبو الوليد الباجي أن عمر رضي الله عنه رد بيع المدبرة في ملأ خير القرون وهم حضور متوافرون وهذا إجماع منهم أن بيع المدبر لا يجوز ولأنه وجد فيه سبب العتق وقد تعلق بمطلق موت المولى فلا يجوز بيعه كأم الولد وهذا لأنه تعين بعد الموت بهذا الكلام لأنه كلام آخر فجعله سببا للحال أولى من جعله سببا بعد الموت لقيام الأهلية في الحال وزوالها بعد الموت ولا يقال إنها موجودة حكما بعد الموت كما قلنا في رجل علق طلاق امرأته بالشرط فوجد الشرط وهو مجنون لأنا نقول الشيء إنما يعتبر موجودا حكما إذا أمكن وجوده حقيقة ولا إمكان هنا لاستحالة وجود الفعل من الميت ولأن هذا الحكم لا يثبت إلا إذا حكم الشرع بموته ومتى حكم بموته استحال أن يحكم بحياته لإفضائه إلى التناقض بخلاف ما إذا جن لأنه أهل للتصرف في الجملة ألا ترى أنه يعتق عليه قريبه بالملك ويمكن وجود الشرط وهو أهل أيضا فأمكن اعتباره حكما بخلاف ما نحن فيه لأنه لا يمكن جعله سببا بعد الموت لأنه حال زوال الأهلية فكان سببا في الحال وأخرنا الحكم مع انعقاد السبب كما في البيع بشرط الخيار وهذا هو القياس في سائر التعليقات إلا أنه وجد المانع من السببية وهو انعقاده يمينا واليمين تصرف آخر يمنع الحكم لأنه يعقد للمنع عن مباشرة الشرط والمانع من الشرط مانع من الحكم المعلق به فيضاد وقوع الجزاء وضد الشيء لا يكون سببا له لأن أدنى درجات السبب أن يكون مفضيا إلى المسبب فأبطلنا إذا كان منافيا له وإنما يكون سببا إذا انصرف اليمين بالحنث وأمكن جعله سببا

في ذلك الوقت لبقاء اهلية المتصرف وهنا لم ينعقد تصرفا اخر في الحال فبقي سببا في الحال
فلا يجوز ابطاله لانه تعلق به حق العبد وهذا لان حقيقة الحرية لا تقبل الابطال فكذا
حق الحرية وشبهها كالاستيلاد ولانه وصية اثبات الخلافة في ملكه للموصى له مقدما
على الوارث فاعتبر سببا في الحال لاثبات الخلافة كالقرابة وما رواه حكاية حال فلا
يمكن الاحتجاج به لانه يحتمل انه كان مدبرا مقيدا ويحتمل انه باع منفعته بالاجارة ولاجارة
تسمى بيعا بلغة اهل المدينة لان فيها بيع المنفعة يؤيده ما رواه جابر رضي الله عنه انه صلى
الله عليه وسلم باع خدمة المدبر ذكره ابو الوليد المالكي ويحتمل انه باعه في وقت كان
يباع الحر بالدين كما روي انه صلى الله عليه وسلم باع حرا بدينه ثم نسخ بقوله تعالى وان
كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ ولا نسلم ان التدبير وصية
محضة بل انعقد السبب فيه للحال على ما بينا ولهذا لا يبطل التدبير بقتل المدبر سيده
ولا يملك المولى الرجوع عنه بالقول ولو كان التدبير وصية محضة لبطل ولملك
الرجوع قال ويستخدم ويوجر ويوطأ وتنكح اي يستخدم المدبر ويوجر للناس
ويطأ المولى الامة المدبرة ويزوجها من انسان لان ملكه ثابت فيه ولهذا يدخل تحت
قوله كل مملوك لي حر وبالملك يستفاد ولانه هذه التصرفات وهي لا تبطل حق المدبر
في نفسه بخلاف البيع ونحوه فانه يبطل حقه فيه فلا يملك وليس له ان يرهنه لان موجب
الرهن ثبوت يد الاستيفاء من ماليته بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كام الولد
قال وبموته يعتق من ثلثه اي بموت المولى يعتق من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير
وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت فينفذ من الثلث قال ويسعى في
ثلثيه لو كان فقيرا وكله لو مديونا اي يسعى في ثلثي قيمته اذا كان المولى فقيرا ولم يكن له
مال غيره ويسعى في جميع قيمته اذا كان عليه دين يستغرق ماله لما ذكرنا انه وصية ومحل
نفاذه الثلث ولم يسلم للموصى له شيء الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية
ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته قال ويباع لو قال ان مت من سفري
او مرضي او الى عشر سنين او عشرين سنة او انت حر بعد موت فلان ويعتق ان وجد الشرط
يعني ان علق التدبير بموته على صفة بان قال ان مت في سفري او مرضي الى اخره يجوز بيعه لانه
ليس بمدبر مطلق ويعتق ان مات المولى على تلك الصفة لوجود الشرط وهذا لان الموت
على تلك الصفة ليس كائنا لا محالة فلم ينعقد سببا في الحال واذا انتفى معنى السببية
لتردده بين الموت والعدم بقي تعليقا كسائر التعليقات فلا يمتنع البيع بخلاف المدبر
المطلق لان عتقه تعلق بمطلق موته وهو كائن لا محالة فاذا عتق بوجود الشرط عتق كما
يعتق المدبر اعني من ثلث ماله لان الصفة لما صارت متيقنة في اخر جزء من اجزاء حياته

اخذ

اخذ حكم المدبر المطلق لزوال التردد ولو وقته بمدة لا يعيش مثله اليها بان قال ان مت الى
مائة سنة فانت حر ومثله لا يعيش الى مائة سنة فهو مدبر مطلق عند الحسن بن زياد وقال
ابو يوسف رحمه الله ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت ولا ينظر الى طول المدة او قصرها
كما في التوقيت في النكاح والمختار هو الاول لانه اذا كان الغالب لا يعيش اليه صار
كائنا لا محالة ومن المقيد ان يقول اذا مت وغسلت فانت حر لانه علقه بالموت وبشيء
اخر بعده وان مات ففي القياس لا يعتق ما لم يعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت
انتقل الى الوارث فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه
يغسل عقب موته قبل ان يتقرر ملك الوارث فيه فصار نظير تعليقه بموته على صفة
بخلاف زيادة دخول الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه قبله ومن
المقيد ان يقول انت حر قبل موتي بشهر او بيوم ومضى الشهر او اليوم فهو مقيد حتى يملك
بيعه وقال زفر رحمه الله لا يملك لانه مطلق للتيقن به قلنا احتمال موته قبل الشهر كان
قائما وقت اليمين فصار مقيدا فلا يتغير بعد ذلك بمضي الشهر او اليوم ولان المدبر
هو الذي يعتق بموت مولاه وهذا يعتق قبله فلا يكون مدبرا وذكر في اختلاف زفر
ويعقوب اذا قال لعبده اذا مت او قتلت فانت حر فعند زفر رحمه الله يكون مدبرا
لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف رحمه الله
لا يكون مدبرا لان عتقه علقه باحد الشيئين الموت او القتل فلم يكن عزيمة في احدهما فلم يكن مدبرا

باب الاستيلاد

وهو طلب الولد لغة وفي الشرع طلب الولد من الامة واما الولد للامة المستولدة
وهو من الاسماء التي خرج بها من العموم الى الخصوص كالتيمم والحج فانه اسم لمطلق القصد
لغة وقد صار في العرف لقصد مخصوص ونظيره الدابة والكعبة والنجم والربا قال
ولدت امة من السيد لم تملك اي اذا ولدت امة من مولاها لا يجوز تمليكها لما روى
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال من وطئ امة فولدت له فهي معتقة
عن دبر منه رواه احمد وابن ماجه وعنه رضي الله عنه ذكرت ام ابرهيم عند رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني وعن ابن عمر رضي الله
عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن
ولا يورثن يستمتع منها السيد ما دام حيا فاذا مات فهي حرة رواه الدارقطني ورواه
مالك في الموطا ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين

قد اختلطا حيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في موضعه الا ان بعد الانفصال تبقى الحرية
حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما
باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فلذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى لو ملكت
الحرة زوجها بعد ما ولدت منه جاز لها بيعه ولا يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت
حق الحرية في الحال فيوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد
لا يتجزى اذا امكن تكميله اذ هو فرع النسب فيعتبر باصله وقال بشر وداود والظاهرية
يجوز بيعها ام الولد ولا تعتق بموت المولى وروي عن علي رضي الله عنه انه كان يجوز بيع امهات
الاولاد ثم رجع الى قول الجماعة وحكي عن ابي سعيد البردعي شيخ الكرخي انه خرج حاجا
من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فراى بعد صلاة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم
داود فساله حنفي عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها كان جائزا قبل العلوق
بالاجماع فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع اخر لان ما ثبت بيقين لا يزول
الا بيقين مثله فتحير الحنفي فانه لا يعمل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال
ابو سعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فنحن على هذا
الاجماع حتى ينعقد اجماع اخر فتحير داود وانقطع فلما راى وهنه ووهن اصحابه في الفقه
ترك الخروج الى الحج وجلس للتدريس فاجتمع اصحاب داود عند ابي سعيد وكان على ذلك
حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزبد فيذهب جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث في الارض
فلبث ساعة ان قرع الباب بانه واخبره بموت داود فاستقر امره بعد ذلك قال
ويطؤها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها لبقاء ملكه ولانه هذا التصرف يستفاد به فصارت
كالمدبرة ولا يثبت نسب ولدها في اول مرة الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله
يثبت نسب ولدها اذا اعترف بالوطء وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد
وطئها بحيضة لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اقوى افضاء اولى
ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود ما يمنع من الولد وهو
سقوط تقومها او نقصان قيمتها اذ الاستفراش بالاولاد الامة عادة او خساسة المحل فان
النفوس الابية تستنكف عن وطئهن فضلا عن طلب الولد منهن وانما يتفق ذلك لبعض الناس
لغلبة الشهوة وقد قاس على النكاح ممتنع لان المقصود من النكاح الولد ولهذا يثبت
نسبه منه وان لم يطاها لوجود الفراش القوي ولهذا ينفرد بالعزل وان استبراها بحيضة
لا يفيد لان الحامل تحيض عنده فاي فائدة في اشتراطه وروى الطحاوي عن عكرمة عن ابن
عباس رضي الله عنهما باسناده انه كان له جارية يطاها فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا
لا اريد به الولد وعن عمر رضي الله عنه انه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد اسود فشق عليه

فقال ممن هو فقالت هو من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلزمه ولو اعترف بالحمل
فان جاءت به لستة اشهر يثبت نسبه منه للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق في ذلك
بين ان يكون حيا او ميتا بعد ما استبان خلقه وان جاءت به لاكثر لم يثبت **قال**
فان ولدت بعده ثبت بلا دعوة بخلاف الاول اي اذا ولدت ولدا بعد الولد الاول
ثبت نسبه بلا دعوة منه لانه لما ادعى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت
فراشا له وقد قال صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وصارت كالمنكوحة ولهذا لو
اعتقها المولى او مات عنها تجب عليها العدة بثلاث حيض هذا اذا لم يحرم عليه اما اذا
حرمت عليه بوطء امها ونحوه لم يثبت الا بالدعوة لانقطاع الفراش **قال** وانتفى
بنفيه اي انتفى نسب ولد ام الولد بعد ما اعترف بالاول بمجرد نفيه من غير لعان
لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي نسب ولدها
الا باللعان لتاكد الفراش الا انه لا يملك ابطاله بالتزويج وذكر في النهاية معزيا
الى المبسوط فقال انما يملك نفيه ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول ذلك فاما اذا
قضى القاضي به فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذا بعد التطاول لانه وجد منه
دليل الاقرار من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالصريح بالاقرار ومدة التطاول ما
ذكرنا في باب اللعان على اختلافهم ولو اعتقها ثم جاءت بولد الى سنتين لزمه ولا ينتفي
بنفيه لان فراشها قد تاكد بالحرية ولهذا لا يملك نقله بالتزويج وليس له ان يتزوج
اختها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ما دامت في العدة وعلى هذا لو مات فجاءت بولد لاقل
من سنتين ثبت ولزم لما قلنا ثم اعلم انه لا يلزمه ان ينفي نسب ولد الجارية في الحكم
لما ذكرنا واما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان
يقر به ويدعي انه منه لان الظاهر انه منه لانتفاء الزنا لا سيما عند التحصين وهو عبارة
عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا وعند عدم العزل وقد ولدته في ملكه والبناء على الظاهر
فيما لا يعلم حقيقته واجب واما اذا لم يحصنها او عزل عنها فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز
له نفيه لان الظاهر وان كان عدم الزنا تعارضه ظاهر اخر وهو العزل وعدم التحصين
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان
يدعيه عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها حملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين
له خلاف ذلك لان ما يظهر عقيب سبب يحال عليه حتى يتبين خلافه وفي الايضاح ذكر
ذكر قول ابي يوسف رحمه الله بلفظ الاستحباب وفي المبسوط بلفظ الوجوب وعن محمد
رحمه الله لا ينبغي له ان يدعي نسبه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع
بالام ثم يعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ولد ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين

وهو مستحق عنده قال وعتقت بموته من كل ماله ولم تسع لغريم اي عتقت بموت
المولى من جميع ماله ولا يلزمها السعاية لغريم ولا لوارث لما روينا وبينا من المعنى ولان
الاستيلاد من حوائجه الاصلية لما ان قوامه بالنسل معنى كما ان قوامه بالاكل حقيقة
وحاجته مقدم على حق الغرماء والورثة كحاجته الى التجهيز والتكفين بخلاف التدبير
لانه ليس من اصول حوائجه ولانها لا تتقوم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وحق الغرماء لا يتعلق
بما لا يتقوم كالقصاص حتى اذا قتل المديون ووجب القصاص بقتله او قتل له ولي ووجب القصاص له ؟
على القاتل ثم مات المديون قبل ان يقتله او قتل هو رجلا فوجب عليه القصاص فللاولياء ان
يقتلوا القاتل او يعفوا عنه بغير شيء وكذا لاولياء المقتول ان يقتلوا الغريم وان ادى
الى بطلان حقهم في هذا كله قال ولو اسلمت ام ولد النصراني سعت في قيمتها
وقد بينا ايضا تكون مكاتبة فلا تؤدي السعاية الى الاضرار بالمولى وقال زفر رحمه الله
تعتق للحال والسعاية دين عليها وهذا لانها اذا عرض على المولى الاسلام فابى له ان استدامة
الملك عليها ذل وازالة ذل الكافر عن المسلم واجب وذلك بالعتق او البيع وقد تعذر
الاول فتعين الثاني ولنا انه تعذر ابقاؤها في يد المولى وتعذر ازالة ملك الذمي
مجانا لان ملكه محترم فيخرج الى الحرية بالسعاية كما في معتق البعض نظرا للجانبين وهذا
لان الذل في الاستخدام قهرا بملك اليمين وذا يزول بالاستسعاء لانها تخرج عن يده
وتكون حرة يدا واحق بمكاسبها ونفسها ودفع الضرر عن الذمي واجب ايضا فلو قلنا
بزوال ملكه في الحال ببدل في ذمة مفلسة والمال في ذمة المفلس كالتاوي ولانها
تتوانى ولا تنشط على الاكتساب بعد حصول الحرية لحصول مقصودها بخلاف
ما اذا لم تعتق لانها تنشط وتجتهد على تحصيل المال لتنال شرف الحرية كان ضررا عليه لانه
بمنزلة ازالتها عن ملكه بلا بدل ولا يقال هي غير متقومة عند ابي حنيفة رضي الله عنه
فكيف يجب عليها السعاية لانا نقول وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم الا يرى ان
القصاص لا يتقوم ومع هذا لو عفى بعض الاولياء انقلب نصيب الباقين مالا للتعذر
ودفع الضرر عنهم ولانها مكاتبة عليه وكتابة ام الولد جائزة لتعجيل عتقها قبل موت
سيدها ولان الذمي يعتقد ماليتها فيترك على ما يعتقد على ما بينا من قبل الولد ولو
مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت لا ترد الى ما كانت لانها لو ردت
لاعيدت مكاتبة لقيام الموجب ما لم يسلم مولاها والمدبرة في هذا كام الولد حتى اذا
اذا اسلم مدبر النصراني تسعى في قيمته لما ذكرنا في ام الولد قال وان ولدت
بنكاح فملكها فهي ام ولد له اي اذا تزوج امة فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد له
وقال الشافعي رحمه الله لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم

ملكها صارت ام ولد له عندنا وله فيها قولان له قوله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت
من سيدها فهي حرة عن دبر منه شرط لثبوت العتق لها ان يكون الولادة من سيدها وهذه
ولدت من زوجها لا من سيدها ولانها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما لو علقت من
الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان ثبوت امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه
جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا
والجزئية تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الحرية
بينهما بواسطة انتساب الولد اليهما بخلاف ولد الزنا فانه لا نسبة له الى الزاني نظيره
من اشترى اخاه من ابيه او عمه من الزنا حيث لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته
الى الجد او الاب وهي غير ثابتة وانما يعتق عليه ولده من الزنا بالملك لانه جزؤه حقيقة
بغير واسطة بخلاف العتق والتدبير قبل الملك فان ذلك لغو شرعا اذ لا عتق فيما لا يملك
ابن آدم فلا يظهر حكمه بعد الملك وهذا السبب متقرر شرعا ولا معتبر بما ذكر من
حرية الجنين لانه لو اعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان في حال الاتفاق
لثبت ولا حجة له فيما روي لانه لا تعرض فيه على ان العلوق وجد في ملكه وهو نظير ملك
القريب فانه لا يشترط لعتقه ان يكون حادثا في ملكه وفيما اذا ولدت بالزنا خلاف
زفر رحمه الله وهو القياس وجوابه ما بينا ولو وطئها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشتراها
والاولاد فكلهم تصير ام ولد له ويعتق ولدها منه وولدها من غيره يجوز بيعه ولا يكون
بمنزلة امه خلافا لزفر رحمه الله بخلاف الولد الحادث في ملكه حيث يكون حكمه حكم امه
بالاتفاق وان وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه الاب ثبت نسبه منه وصارت ام
ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرناها في النكاح ويشترط
لصحة دعوة الاب ان يكون له ولاية التملك من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى
لو حبلت في غير ملك الابن او حبلت في ملكه ثم اخرجها عن ملكه ثم ردها الى ملكه او جن
الاب او كان رقيقا او كافرا فافاق او عتق او اسلم فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من
ذلك الوقت لم تصح دعوة الاب الا ان يصدقه الابن فان صدقه الابن ثبت نسبه منه ولا يملك
الجارية ويعتق الولد على الابن لزعمه انه ملك اخاه وكذا لو كانت الجارية ام ولد الابن
او مدبرته لم تصح دعوة الاب لعدم قبول النقل الى ملك الاب ولو وطئ ابو الاب مع
قيام ولاية الاب لا يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام ولاية الاب وان
زالت ولاية الاب بالموت او الرق او الكفر او الجنون تصح دعوة الجد لان المصحح ثبوت
الولاية للجد من وقت العلوق الى وقت الدعوة كما ذكرنا في الاب وقد وجد حتى لو لم
توجد ملك الحافد في بعض هذه المدة او لم يكن الجد اهلا للولاية في بعضها لا تصح دعوته

قال ولو ادعى ولد امة مشتركة ثبت نسبه لاحتياج الولد الى النسب لانه صادف
ملكه في النصف فيصح دعوته فيه ويثبت نسبه فيه فاذا ثبت نسبه فيه ثبت في الباقي
ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الواحد لا يخلق من ماءين
ولا فرق في ذلك بين ان يكون الدعوى في المرض او في الصحة لانه من الحاجة الاصلية
على ما بينا قال وهي ام ولده لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة
رحمه الله يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للتملك اذ لم
يحصل لها شيء من اسباب الحرية قبل كالتدبير وغيره قال ولزمه نصف قيمتها لانه
تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد وتعتبر قيمتها يوم العلوق لان امومية الولد
تثبت من ذلك الوقت ولا يختلف بين ان يكون موسرا او معسرا لانه ضمان تملك بخلاف
ضمان العتق على ما عرف في موضعه قال ونصف عقرها اي لزمه نصف عقرها
لانه وطئ جارية مشتركة اذ ملكه يثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيعقبه الملك
في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان الملك
هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه وانما كان كذلك
لان ما له من الحق لا يكفي للاستيلاد لانه حق تملك لا حقيقة ملك ولا حقه فلهذا جاز
له ان يتزوجها بخلاف الشريك فان له حقيقة الملك في النصف فيكفي لصحة الاستيلاد
فلا حاجة الى النقل قال لا قيمته اي لا يلزمه قيمة الولد لانه يعلق حر الاصل
اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب في ذلك الوقت فيحدث
الولد على ملكه ولم يتعلق شيء منه على ملك شريكه قال ولو ادعياه معا ثبت نسبه
منهما ومعناه اذا احبلت في ملكهما وكذا اذا اشترياها حبلى لا يختلف في حق ثبوت النسب
منهما وانما يختلف في حق وجوب العقر والولاء وضمان قيمة الولد حتى لا يجب على كل واحد منهما
العقر لصاحبه لعدم الوطء في ملكه ويجب عليه نصف قيمة الولد ان كان المدعي واحدا ويثبت
لكل واحد منهما فيه الولاء لانه تحرر على ما عرف في موضعه وقال الشافعي رحمه الله يرجع
الى قول القائف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يخلق من ماءين متعذر وقد
سر النبي صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزى فلا
تتصور فيه الشركة كالنكاح ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا
لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير
نكير وهو مذهب علي وابن عباس وزيد بن ثابت ولانه رجم بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب
وبعلم ما في الارحام ولان فيه قذفا للمحصنات ولهذا صار قذفا في غير هذه الحالة اجماعا ولان
قول القائف لو كان معتبرا شرعا لرجع اليه في اللعان بنفي الولد ولم ينف الولد بالحمل فهذا دليل

على ان قوله غير معتبر ولانه من احكام الجاهلية قال الله افحكم الجاهلية يبغون قالت
عائشة رضي الله عنها كانت انكحتهم على اربعة انحاء منها ان رهطا كانوا يجتمعون على امراة
فاذا اتت بولد دعوا بقائف فالحقه باشبههم وذلك باطل بلوننا ولان القائف
في اللغة هو الذي يقول الباطل قال الشاعر
• وطال حذاري خيفة البين والنوى • ومن قائف في قوله يتقول •
اي يقول الباطل وسرور النبي صلى الله عليه وسلم كان لقطع طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون
في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان القائف يعلم ذلك ولما مر
مجزز المدلجي عليهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزم الحجة على
زعمهم فسر صلى الله عليه وسلم لذلك لا لان قول القائف حجة شرعا ولانه حكاية حال
فلا يمكن الاحتجاج به على ما عرف في موضعه تحقيقه انه صلى الله عليه وسلم لم يثبت نسبه
به ولم يجعل قوله حجة فيه لان نسبه كان ثابتا قبل ذلك فكيف يصح الاستدلال به على ثبوت
النسب وهو لم يثبت به شيء ولان الشبه لا يوجب ثبوت النسب ولا عدم الشبه يوجب
انتفاءه لان الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد الا ترى ان الرجل الذي قال لرسول الله
صلى الله عليه وسلم ان امراتي ولدت غلاما اسود فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
هل لك ابل فقال نعم قال فما الوانها قال حمر قال هل فيها من اورق فقال ان فيها لورقا
قال فانى ترى ذلك جاءها قال عرق نزعها فقال صلى الله عليه وسلم فلعل هذا عرق
نزعه رواه الجماعة ولم يرخص له صلى الله عليه وسلم في نفيه لعدم الشبه ولم يعول
عليه حكما فدل على ان ذلك ليس بشيء ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في الاستحقاق والنسب وان كان لا يتجزى لكن يتعلق به احكام متجزية كالميراث والنفقة
والحضانة والتصرف في المال واحكام غير متجزية كالنسب وولاية الانكاح فما يقبل التجزية
يثبت بينهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما على الكمال كانه ليس معه
غيره الا اذا وجد المرجح في حق احدهما فلا يعارضه المرجوح كما اذا كان احدهما ابا الاخر
لان للاب حقا في مال ابنه او يكون احدهما ذميا والاخر مسلما لان الاسلام يعلو ولا يعلى
والحر اولى من العبد والمرتد اولى من الذمي والكتابي اولى من المجوسي قال وهي ام
صح ولدهما لان دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد معتبرة راجحة على دعوة صاحبه لتمام الملك
فتصح دعوته فيه فيتبعه امه فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها قال وعلى كل
واحد نصف العقر لان الوطء في المحل المعصوم سبب للضمان الجابر او الحد الزاجر فتعذر ايجاب
الحد للشبهة فيجب العقر قال وتقاصا لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء الا اذا
كان نصيب احدهما اكثر من نصيب الاخر فياخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر

ملكه فيها بخلاف البنوة والارث منه حيث يكون بينهما على السواء لان النسب لا يتجزى وهو
في الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما على السواء لعدم الاولوية **قال** ويرث من
كل ارث ابن اي يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان كل واحد منهما اقر له
على نفسه ببنوته على الكمال فيقبل قوله **قال** ويرثان منه ارث اب اي يرثان منه
ميراث اب واحد لان المستحق احدهما فيقسمانه نصفين لعدم الاولوية كما اذا اقام
كل واحد منهما البينة ان هذا ابنه او على ان هذا الشيء له **قال** ولو ادعى ولد امة (المولى)
مكاتبه وصدقه المكاتب لزم النسب لتصادقهما على ذلك فصار كما لو ادعى نسب ابن جارية
الاجنبي فصدقه المولى **قال** والعقر اي ولزمه العقر لانه وطيها بغير نكاح ولا ملك
يمين وقد سقط عنه الحد للشبهة فصار كوطي المكاتبة بل اولى لان في المكاتبة ملك الرقبة
ثابت للمولى ومع هذا وجب عليه العقر بوطيها كوجوب الارش بالجناية عليها لانها صارت
بالعقد كالاجنبية عنه والعقر ملحق بالارش وليس له في جارية المكاتب ملك فكان اولى
بالوجوب **قال** وقيمة الولد اي لزمه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث
اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب
منه كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو الملك ظاهرا وان لم يكن له ملك حقيقة **قال**
ولم تصر ام ولده لانه لا ملك له فيها حقيقة وما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد ولا
حاجة الى النقل وتقدم الملك بخلاف جارية الابن لانه ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا
حقه وانما له حق التملك وذلك غير كاف لصحة الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى
ملك الاب لتصحيح الاستيلاد **قال** وان كذبه لم يثبت النسب اي لو كذبه المكاتب
لم يثبت نسب الولد منه وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت لان الجارية كسب كسبه فصار
كجارية الابن بل اولى لان للمولى في المكاتب ملك الرقبة ولهذا ينفذ عتقه ويمنع (ايضاح)
المكاتب من التصرف في الاكساب بخلاف الابن ووجهه ان حقه في مال المكاتب اقوى ولهذا (المكاتب)
منع من التصرفات فكان اولى بالتنفيذ من غير تصديق ووجه الفرق ان الاب له ان يتملك مال
ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير ام ولد له وليس
للمولى ان يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر على نفسه والحق نفسه بالاجنبي ولهذا يجب
عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد له فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطي
المكاتبة فجاءت بولد فادعاه حيث يثبت نسبه ولا يشترط تصديقها لان رقبتها
مملوكة له بخلاف كسبها ولو ملكه يوما بعدما كذبه المكاتب ثبت نسبه وصارت ام
ولد له ان ملكها لان الاقرار باق وهو الموجب وزوال حق المكاتب هو المانع ولو
ولدت منه جارية غيره وقال احلها لي مولاها والولد ولدي فصدقه المولى في الاحلال

وكذبه

[illegible]

وكذبه في الولد لم يثبت نسبه ولو استولد جارية احد ابويه او امراته وقال ظننت انها
تحل لي لم يثبت نسبه منه ولا حد عليه وان ملكه يوما عتق عليه وان ملك امه لا
تصير ام ولد له لعدم ثبوت نسبه

كتاب الايمان

(بلغ)

اليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين • وقال الشماخ
• رايت عرابة الاوسي يسمو • الى الخيرات منقطع القرين •
• اذا ما راية رفعت لمجد • تلقاها عرابة باليمين •
وفي الشرع عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وسمي هذا العقد
به لان العزيمة تتقوى به وهي مشروعة لان الله تعالى اقسم وامر نبيه صلى الله عليه وسلم
بالقسم فقال تعالى قل اي وربي انه لحق ولان فيها تعظيم اسماء الله تعالى وصفاته لان من
اقسم بشيء فقد عظمه واقسم صلى الله عليه وسلم لاغزون قريشا والصحابة رضي الله عنهم كانوا
يقسمون فكانت ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع واليمين بغير الله تعالى مشروع وهو تعليق (ايضاح)
الجزاء بالشرط وهو ليس بيمين وضعا وانما سمي يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله وهو الحمل
او المنع واليمين بالله تعالى لا يكره وتقليله اولى من تكثيره واليمين بغيره مكروه عند البعض
للنهي الوارد فيه وعند عامتهم لا يكره لانه يحصل به الوثيقة لا سيما في زماننا وما روي
من النهي محمول على الحلف بغير الله لا على وجه الوثيقة كقولهم بابيك ولعمرك ونحوه وركن
اليمين بالله تعالى ذكر اسمه او صفته وبغيره ذكر شرط صالح وجزاء صالح وصلاحية الشرط
ان يكون معدوما على خطر الوجود وصلاحية الجزاء ان يكون غالب الوجود عند وجود
الشرط ليتحقق المنع او الحمل وقد يكون متحقق الوجود عند وجود الشرط كالتعليق بالملك
وسببه وحكمها وجوب البر اصلا والكفارة خلفا وشرط انعقادها تصور البر في المستقبل
خلافا لابي يوسف رحمه الله ثم اليمين بالله تعالى ثلثة اقسام غموس ولغو ومنعقدة على ما يجي
بيانه ودليل الحصر عليه انها لا تخلو اما ان يكون فيها مواخذة اولا فالثاني لغو والاول لا
يخلو اما ان يكون المواخذة دنيوية او عقبوية فالاول المنعقدة والثاني الغموس **قال**
حلفه على ماض كذبا عمدا غموس وظنا لغو اي اذا حلف على امر قد مضى وهو كاذب فيه فان
تعمد الكذب فهو غموس وان كان يظن ان الامر كما قال فهو لغو وكذا في الحال انما سميت
الاولى غموسا لانها تغمس صاحبها في الذنب ثم في النار وسميت الثانية لغوا لانها لا اعتبار
بها واللغو اسم لما لا يفيد يقال لغى اذا اتى بشيء لا فائدة فيه فكلاهما يتصور في اليمين
بالله تعالى ولا يتصور في اليمين بغيره لانه تعليق الطلاق والعتاق والنذر وبامر كائن في الحال

لا عقوبة فيه للغو ولا الغموس لأن الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذور سواء كان
عالماً وقت اليمين أو لم يكن عالماً **قال** والإثم في الأولى دون الثانية يعني بالإثم
في الغموس ولا إثم في اللغو لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم
بما كسبت قلوبكم ولقوله صلى الله عليه وسلم من الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين
وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري وأحمد وقال صلى الله عليه وسلم من اقتطع
حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال رجل وإن كان
شيئاً يسيراً قال وإن كان قضيباً من أراك رواه مسلم وأحمد وغيرهما وقال صلى الله عليه
وسلم اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع أي خالية ولا يجب فيها الكفارة إلا التوبة والاستغفار
وقال الشافعي رحمه الله يجب فيها الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم
والمراد القصد لأنه فعل القلب والمراد بالمؤاخذة الكفارة لأنه تعالى فسرها في آية
أخرى بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته الآية والمراد بالعقد القصد
أيضاً وفيه توفيق بين الآيتين ولأن الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله
تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله تعالى كاذباً فأشبه المعقودة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها اليمين الفاجرة وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله
عنهم كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التي لا كفارة فيها وهو إشارة إلى الصحابة وحكاية
لإجماعهم ولأنها كبيرة محضة والكفارات عبادة فلا تناط بها كسائر الكبائر وهذا لأن المشروعات
اللازمة للعباد ثلاثة أقسام عبادة محضة وشبهها مباح وعقوبة محضة وشبهها محظور
محض ومترددة بين العبادة والعقوبة وهي الكفارة لأنها عبادة من وجه حتى تتأدى بالصوم
ويشترط فيها النية وعقوبة من وجه لأنها شرعت أجزية زاجرة كالحدود فيكون سببها
أيضاً متردداً بين الحظر والإباحة لتكون العبادة متعلقة بالمباح والعقوبة بالمحظور
كسائر الكفارات مثل كفارة الظهار فإنها تتعلق بالمنكر من القول الزور والعود وكفارة
القتل تجب بالخطأ وهو بالقصد في التثبت وهو محظور وبالحركة المباحة مثل المشي في الطريق
وكذا كفارة اليمين تجب بالحلف والحنث والأول مباح والثاني محظور وأما الغموس فمحظور
محض لأن الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى حرام فمعه أولى لأنه ذكر الله لترويج الكذب
وهو في نهاية الحظر فلا يصلح سبباً للكفارة ألا ترى أن اللعان استشهاد بالله تعالى والواحد
كاذب يقيناً ولم يوجب الشرع على الكاذب منهما كفارة وأجمع المسلمون على ذلك من أوجبها في
اليمين الفاجرة صار مخالفاً للنص والإجماع وهذا لأنه صلى الله عليه أخبر أن أحدهما كاذب
فقال هل منكما من تائب فبين أن الواجب على الكاذب منهما في يمينه التوبة لا غير ولو كانت الكفارة
تجب لبين له أن عليه أربع كفارات ولا حجة له فيما تلى لأن المراد بها المعقودة والذي يدل على

ذلك أن الله تعالى أمر بحفظ الأيمان بعدما شرع الكفارة فيها بقوله تعالى واحفظوا أيمانكم
والحفظ إنما يتأتى في المستقبل الذي يقبل التضييع والغموس لا يتصور ذلك فيها فلا يتناولها
الآية وكذا العقد لا يكون إلا فيما يقبل الحل لأنه ضده وقال قائلهم

خطرات الهوى تروح وتغدو • وقلوب المحب حل وعقد •

والمؤاخذة المطلقة يراد بها المؤاخذة في الآخرة لأنها دار الجزاء فتحمل عليها وقياسه على
المعقودة فاسد لأن العقود مباحة فلا إثم بمباشرتها ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق
باختياره الحنث ابتداء في ذلك الوقت والإثم في الغموس ملازم وهو أعظم جرماً فامتنع
الإلحاق وقال محمد رحمه الله في اللغو هذه يمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها مع أن
عدم المؤاخذة مقطوع به لكونه ثابتاً بالكتاب وإنما قال ذلك لأن في صورتها اختلافاً فعند
عائشة رضي الله عنها اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي أو المستقبل
مثل أن يقول لا والله بلى والله وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله مثله ومذهب ابن عباس
مثل مذهبنا وهو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق وهذا يكون في الماضي والحال
فلاحتمال أن يكون صورتها خلاف ذلك علقه بالرجاء يعني نرجو أن يكون هذه الصورة
هي التي لا يؤاخذ بها أو قال ذلك تعظيماً للأمر وإظهاراً للتواضع لأنه يذكر لذلك
كما يذكر للطمع **قال** وعلى آت منعقدة وفيه كفارة فقط أي اليمين على شيء يأتي
في المستقبل منعقدة وحكم هذه اليمين وجوب الكفارة عند الحنث لقوله تعالى ولكن
يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته الآية والمراد به اليمين في المستقبل بدليل قوله
تعالى واحفظوا أيمانكم ولا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك إلا في المستقبل ولأن الله
تعالى قال بما عقدتم الأيمان والعقد يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه يتعلق بها حكم
مقصود عقداً شرعياً كسائر العقود الشرعية ولأنه تعالى قال ولا تنقضوا الأيمان بعد
توكيدها والنقض يكون في موضع العقد وهذا إنما يتصور في المستقبل وقوله وفيه
كفارة فقط لا معنى لقوله فقط لأن في اليمين المنعقدة إثماً أيضاً ولفظ الكفارة ينبئ عنه
لأن معناها الستارة وهي لا تجب إلا لرفع المأثم **قال** ولو مكرهاً أو ناسياً
يعني يجب فيها الكفارة إذا حنث ولو كان حلف مكرهاً أو ناسياً لقوله صلى الله عليه وسلم
ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وعد منها اليمين وقد بيناه من قبل والمراد بالناسي المخطئ
كما إذا أراد أن يقول اسقني الماء فقال والله لا أشرب الماء وذكر في الكافي أنه الذاهل
عن التلفظ به بأن قيل له ألا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد اليمين وإنما ألجأنا إلى هذا
التأويل لأن حقيقة النسيان في اليمين لا يتصور **قال** أو حنث كذلك أي أو حنث
مكرهاً أو ناسياً تقديره يجب الكفارة ولو كان حلف مكرهاً أو ناسياً أو حنث مكرهاً

أو ناسيًا بأن فعل المحلوف عليه مكرهًا أو ناسيًا لأن الفعل حقيقة لا ينعدم بالإكراه
والنسيان وعقد الفعل منه هو الشرط والحنث ناسيًا متصوّر فلا يحتاج إلى التأويل وكذا
لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم
يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب كما أدير الحكم على السفر لا على حقيقة المشقة
قال: واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم وعزته وجلاله وكبريائه وأقسم وأشهد
وأحلف وإن لم يقل بالله ولعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله وإن
فعل كذا فهو كافر أي اليمين يكون بهذه الألفاظ لأن الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة
حاصل بها أما الحلف بالله تعالى أو الرحمن أو غيره من أسمائه تعالى فظاهر لأنه يعتقد
تعظيم الله تعالى فصلح ذكره حاملا أو ما تعاهدوا تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوا
في الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح لأن اليمين بالله تعالى ثبت نصًا بقوله صلى الله عليه
وسلم من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت متفق عليه والحلف بسائر أسمائه حلف بالله تعالى
وما ثبت بالنص أو بدلالته لا يراعى فيه العرف وكذا لا يحتاج فيه إلى النية أنه أراد به
الحق أو غيره وقال بعض أصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين
مطلقًا وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والحليم والعليم والقادر فإن أراد به الله تعالى
كان يمينًا وإلا فلا وهذا ليس بصحيح لأن اليمين بغير الله تعالى منهي عنه بقوله صلى الله عليه
وسلم إن الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت
متفق عليه وقال ابن مسعود رضي الله عنه لأن أحلف بالله كاذبًا أحب إلي من أن أحلف بغيره
صادقًا والظاهر من حاله أنه لا يأتي المحرم وإن من قصده يمينًا صحيحة فيحمل عليه
ما لم يوجد ذلك فإن نوى خلافه لا يكون يمينًا لأنه نوى محتمل كلامه فيصح هذا إذا حلف خلافه
بأسماء الله تعالى وأما إذا حلف بصفاته كعزة الله وكبريائه وجلاله فإن كان متعارفًا
بأن كان يحلف به عادة يكون يمينًا وما لا فلا وقال بعضهم إن حلف بصفات الذات
يكون يمينًا وإن حلف بصفات الفعل لا يكون يمينًا والفرق بينهما عندهم أن كل وصف
جاز أن يوصف الله تعالى به وبضده فهو من صفات الفعل كالرضا والغضب والسخط والرحمة
والمنع والعطا وكل ما جاز أن يوصف به لا بضده فهو من صفات الذات كعزة الله وكبريائه الإعطاء
وجلاله وقدرته والصحيح الأول لأن صفات الله تعالى كلها صفات الذات وكلها قديمة
فلا يستقيم الفرق والأيمان مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينًا وما لا
فلا ولو قال وعلم الله لا يكون يمينًا لأنه يراد به المعلوم ولأنه لم يتعارف الحلف به
ولو نوى العلم الحقيقي لا يكون يمينًا لعدم العرف وقدرة الله تعالى يكون يمينًا للعرف
وقوله وأقسم وأحلف وأشهد إنما كان يمينًا وإن لم يقل بالله لأن هذه الألفاظ مستعملة

في الحلف عرفًا وهذه الصيغ للحال حقيقة وتستعمل في الاستقبال بقرينة السين أو سوف
أو إذا أو لن أو على أو أن فجعلناها للحال الأخرى إلى قوله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول
الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة فسماه يمينًا وإن لم يذكر الاسم فدل أن الشهادة يمين
وأن ذكر الاسم ليس بشرط وقال زفر رحمه الله لا يكون يمينًا إلا إذا قال بالله لأنه يحتمل
الحلف بالله وبغيره أو يحتمل الوعد ولنا ما بينا ولأن اليمين بالله تعالى هو المعهود المشروع
وبغيره محظور فينصرف إلى الأول بلا نية في الصحيح لما ذكرنا ولو كان وعدًا لكان مع
اسم الله تعالى أيضًا وعدًا ولو قال سوكند ميخورم بخداي يكون يمينًا لأنه للحال ولو قال
سوكند خورم قيل لا يكون يمينًا لأنه وعد ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينًا
لعدم التعارف وإنما كان حالفًا بقوله لعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلى نذر
ونذر الله لأن عمر الله بقاؤه فيكون صفة له وقد ذكرنا الحلف بالصفات وايم أصله أيمن
وهو جمع يمين عند الكوفيين وحذف الهمزة في الوصل تخفيف وكذا حذفوا النون تخفيفًا
فقالوا ايم الله وإيم الله بالكسر أيضًا وربما حذفوا الياء أيضًا فقالوا أم الله وربما
أبقوا الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا مُ الله ورُبما قالوا مُنُ الله ومَنَ الله
ومِن الله بالضم والفتح والكسر وعند البصريين ليست جمعًا والهمزة للوصل والجمع
لا يجوز أن يخفف حتى يبقى على حرف واختار الزجاج وابن كيسان قول الكوفيين وقالا
إنما خففت همزتها وطرحت في الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا يأتي على أفعل وقيل
إنه واسمه وايمه لغته والعهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم
ثم قال ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا سمي
المعاهد ذميًا والنذر إذا لم يسم شيئًا يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم
كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجه والترمذي وصححه وهذه المسألة
على وجهين إما أن يكون النذر مطلقًا أو معلقًا بشرط وكل واحد منهما على وجهين إما
أن يسمي شيئًا أو لا فحاصله أنه إن لم يسم شيئًا في المطلق والمعلق تجب كفارة يمين لكن في المطلق
تجب للحال وفي المعلق إذا وجد الشرط وإن سمى شيئًا في المطلق يجب الوفاء به وكذا في
المعلق إذا كان التعليق بشرط يراد كونه وإن كان لا يراد كونه قيل يجب عليه الوفاء
بالنذر وقيل يجزيه كفارة يمين إن شاء وإن شاء أوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع إليه أبو حنيفة
رحمه الله قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة وكذا لو قال علي يمين يجب عليه كفارة
لأن معناه علي موجب اليمين وإنما يصير قوله إن فعل كذا فهو كافر يمينًا لأن حرمة الكفر كحرمة
هتك اسم الله إذ لا يتصور نسخه عقلا فإذا جعله علمًا على الكفر فقد اعتقده واجب
الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينًا كما نقول في تحريم الحلال وإن قال

ذلك لشيء قد فعله في الماضي فإن كان صادقا فلا شيء عليه وكذا إذا كان أنه صادق وعندنا ولئن
كان يعلم أنه كاذب يكفر عند محمد بن مقاتل لأنه علق الكفر بما هو موجود والتعليق
بالموجود تنجيز فصار كأنه قال هو كافر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكفر اعتبارا
للماضي بالمستقبل والصحيح أنه إن كان عالما أنه يمين لا يكفر في الماضي والمستقبل وإن
كان جاهلا أو عنده أنه يكفر بالحلف في الغموس أو بمباشرة الشرط في المستقبل يكفر
فيهما لأنه لما أقدم عليه وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر وقال الشافعي رحمه الله لا يكون
يمينا لأنه تعليق المعصية بالشرط فصار كما لو قال إن فعل كذا فهو زان أو شارب خمر
ونحوه ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال من حلف باليهود فهو يمين ولأن
حرمته كحرمة هتك الاسم إذ لا يحتمل التبدل على ما بينا بخلاف الزنا وشرب الخمر
لأنه يحتمل التبدل عقلا فلا يكون كالكفر في الحرمة **قال** ولا بعلمه وغضبه وسخطه
ورحمته والنبي والقرآن والكعبة وحق الله وإن فعلته فعلي غضب الله وسخطه أو أنا
زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا أي الحلف بهذه الألفاظ لا يكون يمينا أما
قوله وسخطه وغضبه ورحمته والقرآن والكعبة والنبي وحق الله فلما روينا وبينا
أن اليمين لا يكون بغير الله لأن العلم يراد به المعلوم والغضب والسخط يراد به أثره
وهو النار وكذا الرحمة يراد بها أثرها وهو الجنة والقرآن يراد به الحروف التي في
الألواح والنقوش التي في المصاحف ولأن قوله علي غضب الله ونحوه دعاء على نفسه ولا
تعلق له بالحرمة ولذا لم يجر العادة بالتحالف به وهذا إذا قال والنبي والقرآن
والكعبة لا أفعل كذا وأما إذا قال هو بريء من أحد هذه الأشياء يكون يمينا لأن التبري
منه كفر والحق المضاف إلى الله تعالى طاعته فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ما حق الله على
العباد فقال أن لا يشركوا به شيئا ويعبدوه ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة والحلف
بالطاعة لا يكون يمينا لأنه حلف بغير الله تعالى بخلاف ما إذا قال والحق لأنه اسم من أسماء
الله وعن أبي يوسف رحمه الله يكون يمينا لأن الحق من صفات الله تعالى وحقا به ما يعدم ولو
قال حقا لا يكون يمينا لأن المنكر منه يراد به تحقيق الوعد فكأنه قال أفعل كذا حقيقة لا
محالة ولو قال ووجه الله لا يكون يمينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يكون يمينا لأن الوجه
يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى ويبقى وجه ربك ووجه الأول أنه يراد به الذات ويراد
به الثواب يقال أفعل هذا لابتغاء وجه الله تعالى أي ثوابه ولو قال وأمانة الله يكون يمينا
في رواية عن محمد رحمه الله ولما سئل عن معناه فقال لا أدري كأنه وجد الناس يحلفون به فجعله
يمينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكون يمينا لاحتمال أنه أراد به الفرائض وأما قوله
إن فعلته فعلي غضب الله وسخطه أو أنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا فلعدم

التعارف بالحلف

بالحلف به بخلاف قوله هو كافر لأن العادة جارية بالحلف به وقد بينا الفرق بينهما
من حيث المعنى **قال** وحروفه الباء والواو والتاء أي حروف القسم ثلاثة
كقوله بالله والله وتالله لأن كل ذلك معهود في الكلام ومذكور في القرآن والباء هي الأصل
وهي أم الباب تدخل على الظاهر والمضمر كقولك بالله وبه ويجوز إظهار الفعل معها
تقول حلفت بالله والواو بدل عن الباء تدخل على المظهر كقولك والله والرحمن ولا تدخل
على المضمر لا يقال وك ولا وه مثل ما يقال بك وبه ولا يجوز إظهار الفعل معها لا يقول
أحلف والله كما يقال أحلف بالله والتاء بدل من الواو وهي تدخل على لفظة الله خاصة
تقول تالله قال الله تعالى تالله تفتأ تذكر يوسف ولا تقول تالرحمن ولا تالرحيم والحق
الأخفش بتالله ترب الكعبة وهو شاذ ولا يجوز إظهار الفعل معها لا تقول أحلف تالله
ولا أقسم تالله وله حروف أخر وهي لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام
وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة في القسم كقوله لله وها الله وآلله
وأ الله وم الله ومن الله واللام بمعنى التاء وتدخلها معنى التعجب وربما جاءت التاء لغير
التعجب دون اللام **قال** وقد تضمر أي قد تضمر حروف القسم فيكون حالفا
كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا ثم إذا حذف الحرف
ولم يعوض منه ها التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع ألف الوصل لم يجز الخفض إلا
في اسم الله بل ينصب بإضمار فعل أو يرفع على أنه خبر ابتداء مضمر إلا في ايمن فإنه التزم فيها
الرفع وهما ايمن ولعمر الله **قال** وكفارته تحرير رقبة أو إطعام عشرة مساكين
كما في الظهار أو كسوتهم بما يستر عامة البدن لقوله تعالى فكفارته إطعام عشرة مساكين
أو كسوتهم وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة وقوله كما في الظهار أي
كالإطعام والتحرير في الظهار وقد بيناهما هنالك وقوله أو كسوتهم بما يستر عامة البدن
أي كسوة عشرة مساكين ثوب يستر عامة البدن وهو المراد في الكسوة وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والمروي عن محمد رحمه الله أن أدناه ما يجوز به الصلاة
حتى يجوز السراويل عنده لأنه لابس شرعا إذ الواجب عليه ستر العورة وقد أقامه
وروي عنه أنه لا يجوز إن أعطى المرأة ذلك القدر والصحيح الأول لأن لابسه يسمى عريانا
في العرف وهو المعتبر في المطلقات وذلك قميص أو إزار أو رداء ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة
يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة ولا يجوز الجمع بين الكسوة والإطعام بخلاف جزاء الصيد حيث
يجوز الجمع فيه بين الإطعام والصوم والهدي على ما بينا من قبل في المناسك وأجازوا
هنا اعتبار القيمة في المنصوص لاختلاف المقصود ولم يجيزوا ذلك في الإطعام حتى لا يجوز
إقامة البر مقام التمر لاتحاد المقصود وهو الإطعام ولا يشترط فيه جعله عن الإطعام

في الظاهر خلافا لما يروى عن ابي يوسف رحمه الله وقال زفر لا يجوز نوى او لم ينو
قال وان عجز عن احدها صام ثلاثة ايام متتابعة وقال الشافعي رحمه الله
يخير لاطلاق النص ولا يلزم حمل هذا المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة الظهار وكفارة
القتل لان ذلك اذا كان غير متعارض بين المقيدين واما اذا تعارضا فلا لان حمله
على احدهما ليس باولى من حمله على الآخر وهنا تعارضا لان كفارة الظهار مقيدة بالتتابع
وكذا كفارة القتل وصوم المتعة مقيد بالتفرق فتعارضا فبقي المطلق على اطلاقه لعدم
الاولوية ولنا قراءة ابن مسعود وابي رضي الله عنهما ثلاثة ايام متتابعات فجاز التقييد
بها لانها مشهورة فصارت كخبره المشهور ولا يلزمنا انا لا نحمل المطلق على المقيد لان
ذلك اذا كانا في السبب او في حكمين واما اذا كانا في حكم واحد فنحمله وقوله صوم
المتعة مقيد بالتفرق ممنوع بل هو مطلق وانما لا يجوز صوم السبعة في اشهر الحج لان
وقته لم يدخل لانه معلق بالرجوع الا ترى انه لو صامه فيها متفرقا لا يجوز ايضا ثم
الفقر واليسار يعتبر وقت التكفير عندنا وقال الشافعي رحمه الله يعتبر عند الحنث
حتى لو حنث وهو موسر ثم اعسر جاز له التكفير بالصوم عندنا وبعكسه لا يجوز وعنده
على العكس هو يعتبره بالحد فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب ولنا ان الصوم
بدل عن التكفير بالمال فيعتبر فيه وقت الاداء كالتيمم بدل عن الماء فيعتبر القدرة عند
عدم الماء وقت الاستعمال والشرط في الموضعين عدم الاصل بالنص بخلاف الحد فان حد
العبد ليس ببدل عن حد الاحرار **قال** ولا يكفر قبل الحنث يعني لا يجوز التكفير
قبل الحنث وقال الشافعي رحمه الله يجوز التكفير بالمال قبل الحنث لقوله عليه السلام
اذا حلفت على يمين ثم رأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير رواه
النسائي وابو داود وهذا صريح في جواز تقديم الكفارة لان كلمة ثم للترتيب ولانه
اداها بعد وجود السبب وهو اليمين بدليل اضافتها اليها فيجوز كما لو كفر بعد الجرح
قبل زهوق الروح وكما اذا كفر بعد الظهار قبل العود ولان الوجوب حاصل بالسبب
ووجوب الاداء متراخ عنه بالشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه
اما البدني فلا يحتمل الفصل فلما تاخر الاداء تاخر الوجوب لان الفعل لما وجب وجب
اداؤه اذ الصوم هو الاداء بعينه بخلاف المالي لان المال مع الفعل متغايران فجاز ان
يتصف المال بالوجوب ولا يثبت وجوب الاداء الا ترى ان الثمن يجب بمجرد البيع ولا يجب
الاداء ما لم يطالب وكذا في الديون المؤجلة يجب المال ولا يجب الاداء ولنا ان الكفارة
لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات
السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف

يكون سببا له ولهذا لا يجب الا بعد انتقاض اليمين بالحنث ويستحيل ان يقال في شيء انه سبب
لحكم لا يثبت ذلك الحكم الا بعد انتقاضه بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت ولهذا يجامعه
الموت وهنا يستحيل اجتماعهما وبخلاف كفارة الظهار لان الكفارة فيه لرفع الحرمة
وهي ثابتة قبل العود وفي اليمين لستر الجناية وهي معدومة قبل الحنث ولئن قلنا انه سبب
فانما يصير سببا له وقت الحنث وقبله سبب للبر وكم من شيء يكون سببا لشيء ثم يجعله
الناس سببا لغيره كانزال القرآن للهدى والكفار جعلوه سببا للضلال وتأويل ما
رواه ان صح ان كلمة ثم فيه بمعنى الواو لانها قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى فك رقبة
او اطعام في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة او مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا
تقديره وكان قبل ذلك من الذين آمنوا لان الاعمال الصالحات قبل الايمان لا يعتد بها
ولهذا لا يجب عليه التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير اولا ثم الحنث
بعده مفصولا للامر به بكلمة ثم على زعمه ولا يلزم من الاضافة اليه ان يكون سببا له
لان الاضافة الى غير السبب كالشرط وغيره جائز الا ترى انه يقال كفارة الصوم وكفارة
الاحرام والصوم ليس بسبب لوجوبها وكذا الاحرام ولان الكفارة خلف عن البر فلا
يصار اليها ما دام البر باقيا ولا يعتد به ان فعله كما لا يصار الى التيمم ولا يعتد به
اذا فعله مع القدرة على الماء وهذا لان الكفارة توبة كما قال الله تعالى في كفارة القتل
توبة من الله والتوبة قبل الجريمة لا يعتد بها كالطهارة قبل الحدث ولهذا لا يجوز التكفير
بغير المال ولو كان سببا كما قال لجاز ككفارة القتل فانه بالصوم بعد الجرح وفرقه
بين المالي والبدني ساقط لان حق الله تعالى في المال فعل الاداء والمال آلته وانما يقصد
عين المال في حقوق العباد لحاجتهم اليه ولا يقال ان الله تعالى رتب الكفارة على اليمين
بقوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته والفاء للوصل والتعقيب فيقتضي ان يجوز
الكفارة بعد اليمين متصلا بها وقال ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم جعلها كفارة اليمين
ورتبها على الحلف لا على الحنث لانا نقول الحنث مضمر فيه تقديره فكفارته اذا حنثتم
وفي الاخرى اذا حلفتم وحنثتم كما اضمر الفطر بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او
على سفر فعدة من ايام اخر اي فافطر فعدة من ايام اخر وكقوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا
اي اذا قمتم اليها وانتم محدثون ولو كان كما قاله لما احتج بالمالي على ما ذكرنا ولو قدم التكفير
لا يسترد من الفقير لانه وقع صدقة تطوعا كما اذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال
قال ومن حلف على معصية ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث لما روينا ولقوله صلى
الله عليه وسلم لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ولا في معصية ولا في قطيعة رحم رواه النسائي
وابو داود وهو محمول على نفي الوفاء بالمحلوف عليه ولان البر معصية ايضا كالحنث

يهتك حرمة الاسم فيجب المصير الى اخفهما اثما وهو الحنث لانه مرخص له شرعا فيما
دونها وما يلزم من المعصية في البر ليس بمرخص له فوجب الاخذ بالمرخص ولان في الحنث
فوات البر الى جابر وفي البر لزوم المعصية بلا جابر فيجب الحنث لان الفوات الى خلف
كلا فوات **قال** ولا كفارة على كافر وان حنث مسلما وقال الشافعي رحمه الله
يجب عليه الكفارة وان حنث كافرا لان اليمين تنعقد للبر وهو اهل له لان البر يتحقق
ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى
والخصومات ولنا قوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم ولانه ليس باهل
لليمين لان المقصود منها البر تعظيما لله تعالى والكافر ليس من اهله لانه هاتك
حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان والبر لا يخلو من التعظيم ولا
الاستحلاف في الخصومات لانه اهل لمقصوده وهو النكول او الاقرار وليس باهل
للكفارة لانها عبادة ستارة كاسمها ومعنى العقوبة فيها تابع وتستحيل منه العبادة
لانه ليس باهل لها ولا لحكمها وهو الثواب فلا تشرع في حقه اصلا **قال** ومن حرم
ملكه لم يحرم اي من حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان يقول مالي علي حرام او ثوبي او
جاريتي فلانة او ركوب هذه الدابة لم يصر محرما عليه لذاته لانه قلب المشروع وتغييره
ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف في ذلك بالتبديل **قال** وان استباحه
كفر اي ان اقدم على ما حرمه يلزمه كفارة اليمين لانه ينعقد به يمينا وصار حراما لغيره
وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لانه قلب الموضوع على ما ذكرنا فلا ينعقد به
اليمين الا في النساء والجواري ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال
قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كانت له امة يطاها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه فانزل الله عز وجل
يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى اخر الاية رواه النسائي وقال ابن عباس رضي الله عنهما
اذا حرم الرجل امراته فهي يمين يكفرها وقال لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة متفق
عليه وفي لفظ انه اتاه رجل فقال اني جعلت امراتي علي حراما فقال كذبت ليست عليك
بحرام ثم تلا هذه الاية يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك تبتغي اغلظ الكفارة عتق رقبة
رواه النسائي وقيل انه صلى الله عليه وسلم كان حرم العسل على نفسه والتمسك بالنص
ظاهر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم لما صار يمينا في الجواري
صار في جميع المباحات ايضا يمينا دلالة اذ لا فرق بين مباح ومباح ولان لفظه تنبئ
ان يكون الحرمة ثابتة لعينها الا انه ليس له ذلك لما ذكرنا فتثبت الحرمة لغيره كما هو
موجب اليمين فان المحلوف عليه حرام من حيث انه حنث وان كان فعله مباحا في نفسه ولان

حرمة الحلال بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازا ولو وهب
ما جعله حراما او تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا
لا حرمة الصدقة والهبة وقوله ومن حرم ملكه وقع اتفاقا لانه لا يشترط في اليمين
ان يكون ما لكا له حتى لو قال مال فلان او ما له علي حرام يكون يمينا الا اذا اراد به
الاخبار عن الحرمة **قال** كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب للعرف
الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ من يمينه وهو قول زفر رحمه الله لان
كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ من يمينه وهو التنفس ونحوه ووجه
الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يحصل ذلك مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره
فاذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب للتعارف فانه يستعمل فيما يتناول عادة
ولا يتناول المراة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف
اليمين عن الماكول والمشروب لما فيه من التخفيف وهذا كله جواب ظاهر الرواية
قال والفتوى على انه تبين امراته من غير نية لغلبة الاستعمال فيه وان لم تكن
له امراة ذكر في النهاية معزيا الى النوازل انه يجب عليه الكفارة وكذا ينبغي في قوله
حلال بروي حرام واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم بروي حرام في انه
هل يشترط فيه النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف **قال** ومن
نذر نذرا مطلقا او معلقا بشرط ووجد وفي به اي وفا بالمنذور وهذا اذا كان شيئا
وان لم يسم فعليه كفارة يمين فيهما اعني في المطلق والمعلق لكن يجب في الحال في المطلق
وعند وجود الشرط في المعلق لان المعلق كالمنجز عنده وقد بينا المسالة وتفصيلها
فيما تقدم **قال** ولو وصل بحلفه ان شاء الله بر لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف
على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه الترمذي والنسائي وعن ابي الحماد له السلمة موقوفا
ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولكن
يشترط ان يكون موصولا لانه بعد الانفصال رجوع ولا رجوع في الايمان وعن ابن عباس
انه كان يجوز الاستثناء المنفصل لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت
الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا ويؤدي هذا القول الى ان العقود الشرعية كلها
غير ملزمة واخراجها من ان يكون مفيدا لاحكامها لانه يبيع او يتزوج او يطلق ثم يستثني
اي وقت شاء فلو كان هذا يصح لما احتيج الى الزوج الثاني حتى يحل للاول فيما اذا طلقها
ثلاثا لكان يؤمر بالاستثناء حتى يبطل الطلقات الثلاث به ولذا بين الله ورسوله احكام
الحنث في الايمان ولو كان الاستثناء المفصول جائزا لامر به حتى لا يلزمه الحنث ولا الاثم
ومعنى الاية اذا نسيت في اول كلامك فاذكره في اخره موصولا وروي ان محمد بن اسحاق

صاحب المغازي كان عند المنصور فكان يقرأ عنده المغازي وأبو حنيفة رحمه الله كان حاضرا فأراد أن يغري الخليفة عليه فقال إن هذا الشيخ خالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال له أبلغ من قدرك أن تخالف جدي فقال إن هذا يريد أن يفسد عليك ملكك لأنه إذا جاز الاستثناء المنفصل بارك الله لك في عهودك إذا فإن الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن إسحاق وأخرجه من عنده وقال لأبي حنيفة استر هذا علي ثم الاستثناء مبطل للكلام ويخرج له من أن يكون يمينا عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وعند أبي يوسف هو بمعنى الشرط وعند مالك لا عمل للاستثناء بل يلزمه حكم اليمين وغيره لأن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى ولا يتغير بذكره حكم الأول وإنما يذكره تبركا والحجة عليه ما روينا وفي قوله تعالى حكاية عن قول موسى للخضر عليهما السلام ستجدني إن شاء الله صابرا ثم ما بعد قوله لأنه لم يصبر ولم يعاتب على ذلك ولو كان يمينا له لعوتب لأن الوعد من الأنبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم وأراد بقوله بر عدم الانعقاد لأن فيه عدم الحنث كالبر فأطلق عليه

باب اليمين في الدخول

والخروج والسكنى والإتيان وغير ذلك اعلم أن الأيمان عندنا مبنية على العرف وعند الشافعي رحمه الله على الحقيقة لأن الحقيقة أحق بالإرادة وعند مالك على معاني كلمات القرآن لأنه نزل على أصح اللغات وأفصحها ولنا أن غرض الحالف ما هو المعهود المتعا رف عنده فيتقيد بغرضه ولهذا لو حلف لا يجلس على الفراش أو على البساط أو لا يستضيء بالسراج لا يحنث بجلوسه على الأرض ولا بالاستضاءة بالشمس قال حلف لا يدخل بيتا لا يحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة والكنيسة والدهليز والظلة والصفة لأن البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يكون داخلا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة والظلة هي الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وهي ليست ببيت لأنه لا يبات فيها وكذا إذا كان فوقها بناء إلا أن مخرجه إلى الطريق لا يحنث إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لأنه ليس جملة بيته وذكر صاحب الحصر أن الظلة هي التي أحد طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل وفي المغرب الظلة كما الظلة من بناء أو جبل أو سحاب أي سترك وأول ظلة ظلتك وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب وفي طلبة الطلبة وهي التي تطلع عند باب الدار وفي الصحاح كهيئة الصفة وفي الجامع

الصغير يحنث بدخول الصفة لأنها تبنى للبيتوتة فيها في الصيف قيل هذا على عرف أهل الكوفة لأن صفافهم كانت ذات حوائط أربعة والظاهر من عرف ديارنا صاحب هذا المختصر لا يبنى على هيئة البيوت بل يبنى ذات حوائط ثلاثة على ما هو المعتاد فلا يكون بيتا ولهذا قال لا يحنث ويمكن أن يحنث مطلقا عنده كما ذكر في المبسوط أنها لا يطلق عليها اسم البيت بل ينفى عنها فيقال هذا صفة وليس ببيت وقال صاحب النهاية الأصح عندي أنه يحنث لأن البيت اسم لشيء مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبني للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة إلا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها إلا أن يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه خص العام بنيته قال وفي دار بدخولها خربة وفي هذه الدار يحنث وإن بنيت دارا أخرى بعد انهدام أي في حلفه لا يدخل دارا لا يحنث بدخول الدار الخربة وفيما إذا قال لا أدخل هذه الدار يحنث إذا دخلها بعدما انهدمت ولو بنيت دارا أخرى بعد ذلك لأن الدار اسم للعرصة في كلام العرب يقال دار عامرة ودار غامرة قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها ... بمنى تأبد غولها فرجامها

وقال النابغة

يا دار مية بالعلياء فالسند ... أقوت وطال عليها سالف الأبد

والبناء وصف فيها غير أن الوصف في المعين لغو إن لم يكن داعيا إلى اليمين وحاملا عليه وإن كانت حاملة على اليمين يعتبر الصفة فيتقيد به اليمين كمن حلف لا يأكل هذا البسر أو هذا الرطب فصار تمرا أو رطبا فأكله لا يحنث إلا إذا كانت الصفة مهجورة شرعا فحينئذ لا يعتبر وإن كانت حاملة كمن حلف لا يكلم هذا الصبي لا يتقيد اليمين بزمان صباه لأن كان حاملا على اليمين لكن هجر الصغير لأجل صغره مهجور شرعا قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك الكلام له ترك الترحم عليه فكان مهجورا فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة فصار كأنه قال لا أكلم هذا فإن قيل لو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة نفذ على الموكل وعلى قياس ما قلتم وجب أن لا ينفذ عليه لأن الصفة في المنكر معتبرة قلنا في الوكالة تعرفت من وجه لأن الوكالة بشراء دار لا يصح إلا إذا بين الثمن والمحلة وهي في اليمين منكرة من كل وجه فافترقا فإن قيل لا يخلو إما أن يكون الصفة داخلة في اليمين أو لا فإن كانت داخلة وجب أن لا يختلف بين المنكر والمعرف وإن لم تكن داخلة فكذلك أيضا كمن حلف لا يكلم رجلا فإن يمينه لم يتقيد بشيء من أوصاف الرجال قلنا صفة البناء في الدار متعينة لعدم ما يزاحمها من الأوصاف بخلاف الرجل فإن

المهدم

الأوصاف فيه متزاحمة فيتعلق بالكل محال وليس البعض أولى من البعض فيسقط الكل
وقال أبو الليث إن كان اليمين بالفارسية لا يحنث إلا بالدخول **قال** وإن جعلت
بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا كهذا البيت فهدم أو بني آخر يعني فيما إذا حلف
لا يدخل هذه الدار فجعلت بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا يحنث بدخوله فيه
كما لا يحنث فيما إذا حلف لا يدخل هذا البيت فهدم ثم دخله أو بني بيتا آخر فدخله
لأنها لم تبق دارا لعدما اعترض اسم آخر عليها لأن بقاء الاسم يدل على بقاء المسمى وزواله
على زواله بخلاف ما إذا بنيت دارا لأن الاسم كان باقيا وهي صحراء حتى يحنث بالدخول
فيها فإذا بنيت لم يتبدل اسمها ولو انهدم الحمام ونحوه فدخله لم يحنث وكذا لو
بنيت دارا بعدما انهدم هذه الأشياء لأنه بالانهدام لم يعد اسما للدار لبقاء اسم
المسجد والحمام ونحوه فيه وإن عاد الاسم بالبناء لكنه بصنعة جديدة فكان غير المحلوف
عليه والبيت اسم لما يبات فيه وبعد الانهدام زال الاسم لأنه لا يصلح للبيتوتة
فيه حتى لو سقط السقف وبقيت الحيطان فدخله يحنث لأن السقف وصف فيه كالبناء
في الدار ولو بني بيتا آخر بعدما انهدم فدخله لم يحنث لما ذكرنا في الدار **قال**
والواقف على السطح داخل أي الواقف على سطح الدار هو داخل الدار حتى لو حلف
لا يدخل دار فلان فوقف على السطح يحنث لأن السطح من الدار ألا ترى أن لسطح المسجد حكم
المسجد حتى لا يبطل الاعتكاف بالصعود عليه ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه
ولا يجوز التخلي فيه والمختار أن لا يحنث في العجم لأن الواقف على السطح لا يسمى داخلا عندهم
وعلى هذا لو ارتقى على شجرة في الدار أو على حائط الدار لا يحنث عندهم وقد قيل
الدار كالصحن والبيت على ما ذكرنا من التفصيل غير أنه لم يشترط أن يكون مسقفا هنا
لأن اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء بخلاف البيت **قال** وفي طاق
الباب لا أي الواقف في طاق الباب ليس بداخل حتى لو حلف لا يدخل هذه الدار أو هذا
البيت فوقف على طاق الباب لا يحنث هذا إذا كان بحيث لو أغلق الباب كان خارجا
لأن الباب وتركيب الغلق لإحراز ما في الدار والبيت فما كان داخلا فهو منها لوجود
المعنى فيه وإلا فلا ولو أدخل إحدى رجليه دون الأخرى إن استوى الجانبان أو كان الجانب
الخارج أسفل لم يحنث وإن كان الجانب الداخل أسفل حنث لأن اعتماد جميع بدنه على
رجله التي هي في الجانب الأسفل فيعتبر تلك دون الأخرى ولو دخل كنيفا وهو شارع
إلى الطريق ومفتحه من داخل حنث لأنه من توابع الدار وفي الكافي لو حلف لا يدخل بيت فلان
ولا نية له فدخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت لأن شرط حنثه الدخول في البيت
ولم يوجد منه وهذا في عرفهم وأما في عرفنا فالدار والبيت واحد فيحنث إن

دخل

٩٠

دخل صحن الدار وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنث بالقعود
فيها حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس أن يحنث لأن للدوام حكم الابتداء وجه
الاستحسان أن الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج إلى الداخل ولم يوجد ولو
حنث قال لا يدخل هذه الدار غدا فمكث فيها حتى مضى الغد لما ذكرنا لأنه عبارة عن الا — انفصال
من الخارج إلى الداخل ولم يوجد ولو نوى بالدخول الإقامة فيها دين لأنه من محتملات
كلامه **قال** ودوام الركوب واللبس والسكنى كالإنشاء لا دوام الدخول يعني
لدوام هذه الأشياء حكم الابتداء حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب
هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها واستمر على ما كان حنث — لأن
لهذه الأفعال دوام أما حدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما
ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوما بمعنى التوقيت وكذا لا يقال
لمن هو داخل الدار ادخل هذه الدار ولا تدخل وللقاعد يقال اقعد وكذا يقال
له لا تقعد وكذا في نظائره قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين أي لا
تمكث وقال صلى الله عليه وسلم ولا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك
فدل على أن لدوامه حكم الابتداء ولهذا لو قال لامرأته كلما ركبت فأنت طالق وهي في حال
ركوبه فمكث ساعة ولم ينزل طلقت وإن مكث ساعة أخرى طلقت أخرى والفارق بينهما
أن كلما يصح امتداده له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحوه وما لا يمتد لا دوام
له كالدخول والخروج ولو نزل من الدابة للحال أو نزع الثوب أو اشتغل للحال لا يحنث
وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود اللبس والركوب والسكنى بعد اليمين وإن قل وذلك
كاف للحنث ولنا أن اليمين تعقد للبر ولا يمكن تحقيق البر إلا باستثناء هذه المدة فلا
يدخل في اليمين للضرورة وهذا لأن الشارع أمر بالبر ونهى عن الحنث بقوله واحفظوا
أيمانكم وبقوله ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها فلو لم يستثن زمن البر لكان
تكليفا بما ليس في الوسع فكان مردودا بالنص فإن قيل اليمين كما تعقد للبر تعقد للحنث
أيضا كما في قوله لأمس السماء فكذا هنا قلنا إنما عقدت للبر لتصور البر حقيقة وإن لم
يتصور عادة وإنما حنث بعد انعقاده للعجز عادة لا لأنها عقدت للحنث **قال**
لا يسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة فخرج وبقي متاعه وأهله حنث أي لو حلف لا يسكن
هذه الأشياء فخرج بنفسه ولم يرد الرجوع وبقي متاعه فيها حنث لأن يمينه انعقدت على
السكنى وهي تكون بنفسه وعياله ومتاعه فما لم يخرج الكل فهو ساكن فيها عرفا لأن السكنى
عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام فإن من يقعد في المسجد أو
السوق لا يعد ساكنا فيه لعدم ما ذكرنا وهي تكون بهذه الجملة وضدها وهو عدم السكنى

يكون باخراجها ولو ابت المراة ان تنتقل وغلبته وخرج هو ولم يرد العود اليه او منع
هو من الخروج بان اوثق او منع متاعه فتركه او وجد باب الدار مغلقا فلم يقدر على
فتحه ولا على الخروج منه لم يحنث بخلاف ما اذا قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته
طالق فقيد ومنع من الخروج او قال لامراته ان لم تجئ الليلة الى البيت فانت طالق فمنعها
والدها حيث تطلق فيهما في الصحيح لان شرط الحنث في مسئلة الكتاب الفعل وهو السكنى
وهو مكره فيه وللاكراه اثر في اعدام الفعل والشرط في تلك المسئلة عدم الفعل ولا اثر
للاكراه في ابطال العدم ولو كانت اليمين في جوف الليل فلم يمكنه الخروج حتى اصبح
لم يحنث ولو اشتغل بطلب دار اخرى لينقل اليها المتاع فلم يجد اياما لم يحنث لانه
لا يعد ساكنها وكذا لو خرج لطلب دابة لينقل عليها المتاع فلم يجد اياما لم يحنث
وكذا لو كانت امتعته كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه ان يستكري دابة فلم
يستكر لم يحنث هذا اذا كان الحالف ذا عيال منفردا بالسكنى واما اذا كان ساكنا
في عيال غيره كالابن في بيت ابيه او بالعكس او الزوجة في بيت الزوج لا يحنث بترك
المتاع لان المعتبر فيه سكنى نفسه لا غير هذا اذا كان اليمين بالعربية وان كان بالفارسية
فخرج هو على عزم ان لا يعود ومتاعه فيها لا يحنث وان كان من عزمه ان يعود يحنث
قال بخلاف المصر اي بخلاف ما لو كان اليمين على المصر فخرج بنفسه وترك
متاعه واهله فيه لم يحنث لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بخلاف الاول فان
السوقي طول نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا روي ذلك عن ابي يوسف رحمه الله
والقرية كالمصر في الصحيح ثم قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا قال لا يسكن هذه الدار
او البيت او المحلة لا بد من نقل المتاع كله حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى ثبت بالكل
فيبقى ببقاء شيء منه وقد ضايقنا في هذا اصلا له حتى قال ان صفة السكون في العصير يمنع من
صيرورته خمرا او بقاء مسلم واحد في دار ارتد اهلها يمنع من صيرورتها دار حرب
فان قيل الشيء ينتفي بانتفاء جزء منه كالعشرة والدينار مثلا ينتفي هذا الاسم بانتفاء جزء منه
فكان ينبغي ان ينتفي السكنى هنا بانتفاء البعض حتى لا يحنث الا بترك الجميع قلنا انما ينتفي الشيء
بانتفاء بعضه اذا كان المجموع من الاجزاء كالعشرة ونحوه واما اذا كان من الافراد
فلا ينتفي بانتفاء بعضه كالرجال لا ينتفي بانتفاء بعض الرجال فانه يبقى بعد ذلك رجالا
ايضا والسكنى من هذا القبيل لانه يسمى ساكنا باعتبار البعض وقال مشايخنا رحمهم
الله هذا اذا كان الباقي يتأتى به السكنى واما اذا بقي مكنسة او وتد او قطعة
حصير فلا يحنث لانه لا يعد ساكنا فيها وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم
به السكنى لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وقال

وابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر فلا يحنث اذا نقل الاكثر والاول احوط
وعليه الفتوى وهذا الخلاف في الامتعة واما الاهل فلا بد من نقل الكل بالاجماع
ولو انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر استدلالا بما ذكره في الزيادات
في كوفي انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فاستوطنها ثم بدا له ان يعود الى
خراسان فمر بالكوفة يصلي فيها ركعتين لان استيطانه بالكوفة بطل بمكة وان بدا له
ان يعود الى خراسان قبل ان يدخل مكة يصلي اربعا بالكوفة لان استيطانه لها باق ما لم
يستحدث وطنا اخر وقال ابو الليث هذا اذا لم يسلم الدار المستاجرة الى اهلها
واما اذا سلم فلا يحنث وان كان هو والمتاع في السكة او في المسجد قال لا
يخرج فاخرج محمولا بامره حنث وبرضاه لا بامره او مكرها لا كلا يخرج الا الى الجنازة
فخرج اليها ثم اتى حاجة اي لو حلف لا يخرج من المسجد مثلا ومن غير امر غيره فاخرجه
محمولا حنث وان لم يامره فاخرجه برضاه او اخرجه مكرها لم يحنث كما لا يحنث
من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لان فعل المامور ينتقل
الى الامر فيكون مضافا اليه ولهذا لو اتلف مال انسان بامر صاحبه لا يضمن فصار
كما اذا ركب دابة فخرجت به وفي الاكراه يضاف الفعل الى المكره لعدم ما يوجب
النقل وهو الامر فلا يحنث بفعل غيره ولا ينحل به اليمين في الصحيح لعدم فعله فصار
كما اذا اخرجته الريح بخلاف ما اذا هدده فخرج هو بنفسه حيث يحنث لوجود الفعل
منه وهو الخروج الا انه مكره وفعل المحلوف عليه لا يختلف بين ان يكون مكرها او
طائعا على ما ذكرناه في اول الكتاب فصار نظير من حلف لا ياكل فاكره فاكل بنفسه
يحنث ولو وضع الماكول في حلقه مكرها لا يحنث لما ذكرنا وحمله برضاه من غير امره
كحمله مكرها لانه لم يوجد منه الفعل حقيقة ولا ما يوجب النقل اليه وهو الامر
وعن ابي يوسف رحمه الله فيما اذا حلف لا يخرج من دار كذا فهو على الخروج ببدنه ولو قال
من هذه الدار فهو على الخروج ببدنه واهله هو المتعارف وانما لا يحنث من حلف لا يخرج الا
الى جنازة فخرج اليها ثم الى حاجة اخرى لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضي بعد
ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانفصال من داخل والاتيان الى حاجة اخرى
عبارة الى الوصول فتغايرا فلا يحنث قال او لا يخرج او لا يذهب الى مكة فخرج
يريدها ثم رجع حنث لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج فاذا انفصل عن وطنه
قاصدا الى مكة فقد خرج اليها عرفا وان لم يصل قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا
الى الله ورسوله الاية والمراد به من مات قبل الوصول اليه ويشترط للحنث ان يجاوز عمران
مصره على قصد الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز العمران لا يحنث بخلاف الخروج الى

الجنازه حنث نفسه بمجرد الخروج من بيته لان الخروج الى مكه سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران ولا كذلك الخروج الى الجنازة والذهاب كالخروج في الصحيح وقال نصر ابن يحيى هو كالاتيان حتى لا يحنث ما لم يدخلها لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الاتيان وجه الاول وهو قول محمد بن سلمة انه بمنزلة الخروج يقال ذهب الى مكه بمعنى خرج اذا زال عن مكانه فلا يقتضي الوصول واذهبه غيره اذا ازاله قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيله عنكم ولهذا صح ان يقال ذهب الى مكة قبل الوصول اليها كما يقال خرج الى مكه بخلاف الاتيان هذا اذا لم يكن له نية واما اذا نوى احدهما فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه **قال** وفي لا ياتيها لا اي في يمينه لا ياتيها لا يحنث بالخروج وانما يحنث بالوصول لانه عبارة عنه قال الله تعالى فاتيا فرعون والمراد به الوصول وقال صلى الله عليه وسلم من اتى امراته الحائض او اتاها في غير ما تاتيه او اتى كاهنا وصدقه فيما قال فقد كفر بما انزل على محمد ثم في الخروج والذهاب يشترط النيه عند الانفصال للحنث وفي الاتيان لا يشترط بل اذا وصل اليها حنث نوى او لم ينو لان الخروج متنوع يحتمل الخروج اليها والى غيرها وكذا الذهاب فلا بد من النيه عند ذلك كالخروج الى الجنازه بخلاف الاتيان لان الوصول غير متنوع **قال** لياتينه فلم ياته حتى مات حنث في اخر حياته اي لو حلف لياتين زيدا او البصره او نحو ذلك فلم ياته حتى مات حنث في اخر جزء من اجزاء حياته لان شرط الحنث فوت الاتيان وهو لا يتحقق الا بما ذكرنا لان البر مرجو ما دام حيا **قال** لياتينه ان استطاع فهي استطاعه الصحه لان الاستطاعه في العرف سلامة الاسباب والالات وارتفاع الموانع الحسيه فعند الاطلاق ينصرف اليه لانه هو المعهود قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا والمراد بها الاستطاعه الحسيه وقال تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من قوه ويقال فلان يستطيع كذا والمراد بها سلامة الاسباب **قال** وان نوى القدره دين اي ان نوى حقيقه القدرة التي تقارن الفعل دين فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا الاسم يطلق عليها قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النسا ولو حرصتم وقال الله تعالى فما اسطاعوا ان يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا انه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وفي روايه يصدق قضا لانه نوى حقيقه كلامه فيصدق كيف ما كان وهذا لانه اذا نوى الحقيقه لا يخلو اما ان يكون خلاف الظاهر او لا فان لم يكن خلاف الظاهر يصدق قضا وديانه باتفاق الروايات وان كان خلاف الظاهر يصدق ديانه قولا واحدا وهل يصدق قضا او لا ففيه روايتان وعلى احديهما يخرج قوله لا يصدقه القاضي وهذا خلاف ما اذا نوى المجاز حيث لا يصدق فيه قضا

مطلقا

مطلقا الا اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف واذا نوى استطاعه الفعل لا يتصور حنثه ابدا لانها لا تسبق الفعل **قال** لا يخرج الا باذني شرط لكل خروج اذن بخلاف الا ان وحتى اي لو حلف لا يخرج امراته الا باذنه يشترط الاذن في كل خرجه حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بغير اذنه مرة اخرى يحنث بخلاف ما اذا قال الا ان اذن لك او حتى اذن لك فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه لا يحنث اما الاول وهو ما اذا قال الا باذني فلانه استثنى خروجا بصفة وهو ان يكون الخروج ملصقا بالاذن لان البا للالصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفه كان داخلا في اليمين وصار شرطا للحنث قال الله تعالى وما نتنزل الا بامر ربك اي لا يوجد نزول الا بهذه الصفه ونظيره ما لو قال ان خرجت الا بملحفه او الا بقناع والحيلة في ذلك ان يقول لها كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله ولو اذن لها في خرجه ثم نهاها عن تلك الخرجه يعمل نهيه بالاجماع ومحمد رحمه الله يعتبر العام بالخاص وابو يوسف رحمه الله يبطل اليمين لعدم الاستحاله بقاها مع الاطلاق في جميع الخروج بخلاف الخاص لان اليمين باقيه في غيرها فكذا يصح النهي عنها ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانه لا قضا لانه يحتمل كلامه حتى لا يحنث في المرة الثانيه اذا خرجت بغير اذنه وانما صار محتملا له لانه يصلح غايه بمعنى حتى بعد ما كان استثنا وبين الغايه والاستثنا مناسبة من حيث ان ما بعدهما يخالف ما قبلهما فصحت الاستعارة وقالوا ان هذا الاذن يتقيد بحال قيام النكاح لان الاذن انما يصح الا ممن له المنع وهو الزوج كالوالي اذا استحلف رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد يتقيد بحال ولايته وهذا صحيح اذا كانت الزوجيه قائمه وقت اليمين واما اذا قال ذلك لاجنبيه او لاجنبية بان قال ان خرجت الا باذني فعبدي حر او امراتي طالق او نحو ذلك فينبغي ان يصح ولا يتقيد بشي واما الثاني وهو ما اذا قال الا ان اذن لك او حتى اذن لك فلان كلمه حتى للغايه فتنتهي اليمين بها وكلمه ان محموله عليها لان حقيقتها وهي ان يكون مصدريه متعذره لانه يلزم منه ان يكون الاذن مستثنى من الخروج فيصير كانه قال لا تخرجي الا باذني او خروجا اذن لك وكل ذلك باطل فتعين حملها على كلمه حتى فيكون للغايه لما ذكرنا من المناسبة بين الغايه والاستثنا بخلاف قوله الا باذني حيث لا يحمل على كلمه حتى الا بالنيه لان حقيقته غير متعذره لان معناه لا تخرج الا خروجا ملصوقا باذني فلا يحتاج فيه الى ترك الحقيقه فان قيل قال الله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يوذن لكم فتكرار الاذن شرط لجواز الدخول فبطل ما ذكرتم من انها للغايه حتى قلنا تكرار الاذن فيه عرفناه بدليل اخر من خارج وهو ان دخول دار انسان بغير اذنه حرام فصار نظير قوله تعالى لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستانسوا

ف الاذن مرة تنتهي اليمين كالاذن للغاية م

وتسلموا او عرفناه بقوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي لانه فصارت العلة هي الايذاء ولو
نوى التعدد بقوله الا ان اذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه
لان كلمة ان وما دخلت عليه بتاويل المصدر فيكون الباقية مقدرة فيصير كانه قال الا اذن
اذن لك ولان فيه تغليظا على نفسه فيصدق بخلاف العكس وهو ما اذا نوى الاذن مرة بقوله
الا باذني حيث لا يصدق قضاء لانه نوى التخفيف على نفسه فلا يصدق وعلى هذا الوفاق ان تباع
فلا نرمى الى الاباذني او الا ان اذن له لما بينا والرضا والامر كالاذن فيما ذكرنا **قال**
ولو ارادت الخروج فقال ان خرجت او ضرب العبد فقال ان ضربت تقيد به كاجلس فتغد
عندي فقال ان تغديت يعني لو ارادت المراة ان تخرج فقال لها الزوج ان خرجت فانت
طالق او اراد رجل ضرب عبده فقال له اخر ان ضربته فعبدي حر تتقيد يمينه بتلك الخرجة
والضربة حتى لو مكثت المراة ثم خرجت او ترك ضرب عبده ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث
كما يتقيد في قوله اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر بالغداء المدعو اليه حتى
لو رجع الى بيته فتغدى لم يحنث لان مراد المتكلم الزجر عن تلك الحالة فيتقيد بها لان
المطلوب يتقيد بالحال حتى لو قال ان تغديت اليوم او معك فعبدي حر فتغدى في بيته او
معه في وقت اخر يحنث لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتدأ ولا يقال ان موسى عليه السلام
زاد في الجواب حين سئل عن العصا ولم يكن مبتدأ لانا نقول لما سئل بما وهي يقع عن ذات ما
لا يعقل وعن الصفات فاشتبه عليه الامر فاجاب بهما حتى يكون مجيبا عنهما كان وهذه المسائل
تسمى يمين فور ماخوذ من فور القدر اذا غلت يقال فارت القدر تفور فورا واستعير
للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فيقال جاء فلان وخرج من فوره اي
من ساعته وقيل سميت هذه الايمان باعتبار فوران الغضب وتفرد ابو حنيفة رحمه الله
باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا يقولون من قبل اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا
وموقتة كلا يفعل كذا اليوم فصارت قسما ثالثا هي موقتة معنى مطلقة لفظا وانما اخذه من
حديث جابر رضي الله عنه وابنه حيث دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد
ذلك ولم يحنثا **قال** ومركب عبده مركبه ان نوى ولا دين عليه اي مركب العبد
مركب للمولى وهذا وله اللفظ ويدخل فيه ان نواه ان لم يكن على العبد دين حتى اذا قال ان ركب
دابة فلان فعبده حر ولم ينو دابة العبد فركبها لم يعتق وان نواها فان كان عليه دين مستغرق
فكذلك وان لم يكن عليه دين ولم يكن مستغرقا فان نوى حنث والا فلا لانه اذا كان عليه اوكان عليه دين
دين مستغرق لا يملك المولى ما في يد عبده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى او لم
ينو وفيما اذا لم يكن عليه دين مستغرق يملك ما في يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا قال
صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في الوجوه كلها اذا نوى
لان الملك للمولى لكن الاضافة اليه قد اختلت لما ذكرنا فلا تدخل الا بالنية وقال
محمد رحمه الله يحنث في الوجوه كلها نوى او لم ينو اعتبارا بالحقيقة لان العبد وما في
يده ملك المولى حقيقة عنده والله اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

واللبس والكلام الاكل ايصال ما يتاتى فيه المضغ والهشم الى الجوف ممضوغا كان او غير
ممضوغ والشرب ايصال ما لا يتاتى فيه الهشم الى الجوف والذوق ايصال الشيء الى فيه لاستبانة
طعمه حتى لو حلف لا ياكل هذا اللبن او هذا السويق فشربه لا يحنث وكذا بالعكس بان حلف لا
يشرب هذا اللبن فثرد فيه فاكله لا يحنث لان هذا ليس بشرب ولا الاول باكل ولو حلف
لا ياكل عنبا او رمانا فمصه فابتلع ماءه ورمى ثفله لم يحنث لان المص نوع ثالث ليس باكل
ولا شرب وذكر بعضهم ان الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة
عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة
عن عمل اللهاة خاصة **قال** لا ياكل من هذه النخلة حنث بثمرها اي لو حلف لا ياكل
من هذه النخلة حنث باكل ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه
لانه سبب له بمجاز الاستعارة فيحنث بجميع ما يخرج منها من جمار او بسر او رطب او تمر
او طلع او دبس يخرج من ثمرها وعلى هذا اذا قال من هذا الكرم ينصرف الى ما يخرج منه لان
نفسه لا يؤكل وشرطه ان لا يتغير بصنعة حادثة حتى لا يحنث بالنبيذ والناطف والدبس
المطبوخ والخل لان هذا مضاف الى فعل حادث فلم يبق مضافا الى الشجر الا ترى ان الله تعالى
كيف عطف المصنوع على الثمر بقوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم والعطف للمغايرة
ويحنث بالعصير لانه لم يتغير بصنعة جديدة وهذا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل من هذه
الشاة حيث يحنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد لانها ماكول فتنعقد اليمين عليها
ولو لم يكن للشجرة ثمر ينصرف اليمين الى ثمنها **قال** ولو عين البسر والرطب واللبن لا
يحنث برطبه وتمره وشيرازه بخلاف هذا الصبي وهذا الشاب وهذا الحمل اي لو عين
هذه الاشياء في يمينه بان حلف لا ياكل هذا البسر او هذا الرطب او هذا اللبن فصار
البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا فاكله لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة
داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به بخلاف ما اذا حلف لا ياكل لحم هذا الحمل
او لا يكلم هذا الشاب او هذا الصبي فاكله بعدما صار كبشا او كلمه بعدما صار شيخا

حنث يحنث لانه ليس في الحمل صفة داعية الى اليمين والاصل ان الصفة لغو في الحاضر
الا ان يكون حاملة على اليمين فيعتبر وصفة الصبي والشباب وان كانت داعية لليمين لكن
هجرانه لاجل صباه منهي عنه شرعا لانا امرنا بتحمل اخلاق الفتيان ومرحمة الصبيان
فكان مهجورا شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة فلم يعتبر الداعي وقد قررناه من قبل
فان قيل كيف يستقيم هذا الكلام واليمين يجوز عقدها على فعل الحرام قلنا نعم يجوز قصدا
لكن اذا كان الكلام محتملا فالنهي يجوز ان يكون دليلا على ما اراده غير المحظور وان كان
خلاف الظاهر حملا لامر المسلم على الصلاح **قال** لا ياكل بسرا فاكل رطبا
لا يحنث اي حلف لا ياكل بسرا من غير تعيين فاكل رطبا لم يحنث لانه لم ياكل المحلوف عليه
قال وفي لا ياكل رطبا او بسرا او لا ياكل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب اي لو حلف
لا ياكل رطبا او لا ياكل بسرا او لا ياكلهما حنث باكل المذنب سواء اكل رطبا مذنبا او
بسرا مذنبا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله والرطب المذنب بكسر النون الذي اكثره رطب
وشيء قليل منه بسر والبسر المذنب عكسه وقال ابو يوسف رحمه الله ان حلف لا ياكل رطبا
فاكل بسرا مذنبا لم يحنث وكذا لو حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا مذنبا وجعل في الهداية
قول محمد مع ابي يوسف رحمهما الله وذكره في المبسوط والايضاح والاسرار وشروح
الجامع الكبير والصغير والمنظومة مع ابي حنيفة رحمه الله لابي يوسف رحمه الله ان الرطب
المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا عرفا وهو المعتبر في الايمان فصار الاعتبار
للغالب اذ المغلوب في مقابلته كالمعدوم ولهذا لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا
مذنبا لا يحنث بشرائه وكذا لا يتعلق بالمغلوب حرمة الرضاع ولابي حنيفة رحمه الله ان
آكله آكل بسر ورطب فيحنث به وان كان قليلا لان ذلك القدر كاف للحنث ولهذا لو
ميزه فاكله يحنث بخلاف الشراء لانه يصادف جملته فيعتبر الغالب فيكون المغلوب تبعا
له والاكل يصادفه شيئا فشيئا فيصادفه وحده نظيره اذا حلف لا يشتري شعيرا فاشترى
حنطة فيها حبات شعير لا يحنث ولو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها حبات شعير يحنث
لما ذكرنا وبخلاف اللبن المصبوب فيه الماء لانه يشيع فيه ويختلط حتى لا يرى مكانه فيكون
مستهلكا وههنا يرى مكانه فيكون قائما وقت التناول ولا يقال يكون الحنث بالمضغ والابتلاع
وعند ذلك يكون مستهلكا ولا يرى مكانه فكان كالماء المخلوط به والماء غالب لانا نقول
معنى الاستهلاك هناك انعدام طعم الرطب والبسر والبسر موجود في الحلق بخلاف ما ذكر
ولان الرطب والبسر جنس واحد فلا يكون مستهلكا بجنسه عندهما على ما عرف في موضعه
قال ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب لما بينا ان البيع يصادف جملته فيكون القليل
تابعا للكثير ولهذا بايعه لا يسمى بايع الرطب فصار نظير من حلف لا يشتري لبنا او صوفا

حيث

فاشترى شاة لها لبن او صوف لا يحنث لما ذكرنا ان بايعه لا يسمى بايعا للمحلوف عليه فكذا
مشتريه لانه لا يسمى مشتريا له لان الشراء ينبني على البيع بخلاف ما اذا عقد يمينه على الاكل حيث
يحنث في الوجوه كلها لان الاكل فيها متصور حقيقة واسم المحلوف عليه باق وبخلاف ما اذا حلف
لا يشتري قطنا او كتانا فيشتري ثوبا اتخذ منه حيث لا يحنث لزوال اسم القطن والكتان عنه فصار
كما لو حلف لا ياكل سمنا او زبدا او لا يمسه فاكل لبنا او مسه **قال** وبسمك في لا ياكل
لحما اي لو حلف لا ياكل لحما لا يحنث باكل لحم السمك وقال مالك والشافعي رحمهما الله يحنث
وهو القياس لانه سمي لحما في القرآن قال الله تعالى ومن كل تاكلون لحما طريا والمراد لحم السمك
بالاجماع ولنا ان التسمية مجازية لان اللحم منشاه الدم ولا دم فيه اذ هو من سكان الماء
ولهذا حل اكله من غير ذكاة فصار كالجراد فكان قاصرا في اللحمية ومطلق الاسم يتناول الكامل
دون القاصر فيخرج عن المطلق بدلالة اللفظ ولهذا لا يفهم من لفظ اللحم لحم السمك الا بقرينة
حتى لو وكل رجلا بشراء اللحم فاشترى لحم السمك لا يلزمه وكذا بايع السمك لا يسمى لحاما عادة
ومبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا
يحنث لما ذكرنا وان سمي في القرآن دابة وكذا في الغنية يحنث باكله لانه لحم من وجه الا ان ينويه
وفيه تنبيه على نفسه **قال** ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش لحم لان منشا
هذه الاشياء الدم فصارت لحما حقيقة حتى يحنث باكلها في يمينه لا ياكل لحما الا ان لحم الخنزير
والادمي حرام واليمين قد تعقد لمنع النفس عن الحرام كما اذا حلف لا يزني ولا يكذب
يصح يمينه وكذا يدخل ايضا في العموم الا ترى انه لو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه الخمر
حتى يلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة فكيف
تناط بالمحظور المحض لانا نقول الحل والحرمة انما يراعيان في السبب لا في الشرط والسبب
للكفارة في الحقيقة هو اليمين لانه ينقلب سببا عند الحنث على ما بينا من قبل والحنث شرط
والشرط لا يضاف اليه الحكم ولهذا لا يضمن شهود الشرط مع شهود اليمين اذا رجعوا وهذا
بخلاف النذر بالمعصية حيث لا يلزمه به شيء ولا ينعقد نذره اصلا وان كان النذر موجبا
كاليمين لان النذر ايجاب على نفسه بما شرعه الله تعالى على العباد ولم يشرع الله تعالى المعاصي
فلا يصح النذر بها ولانها لا نظير لها في الشرع من الواجبات لعينها حتى لا يلزمه بالنذر الا ما
له نظير من الواجبات واما وجوب الكفارة في اليمين فليس لعينها بل لمعنى في غيرها وهو هتك
حرمة اسم الله تعالى ولا يختلف ذلك بين ان يكون يمينه على الطاعة او على المعصية وذكر الناطفي
انه لا يحنث باكل لحم الخنزير والادمي وقال في الكافي وعليه الفتوى وكانه اعتبر فيه العرف
ولكن هذا عرف عملي ولا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظي الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة
لا يحنث بالركوب على انسان للعرف اللفظي فان اللفظ عرفا لا يتناوله الا الكراع وان كان في

اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على انسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملي وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا وقال صاحب المحيط في الكبد والكرش هذا في عادة اهل الكوفة واما في عرفنا فلا يحنث باكله في يمينه لا ياكل لحما لانه لا يعد لحما **قال** وبشحم الظهر في شحم اي لا يحنث باكل شحم الظهر وشرائه وبيعه في لا ياكل شحما او لا يشتريه او لا يبيعه وانما يحنث بشحم البطن خاصة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث بشحم الظهر ايضا لان شحم الظهر شحم حقيقة وفيه خاصيته الا ترى انه يذاب كشحم البطن ويصلح لما يصلح له الشحم ويستعمل استعماله وتناوله اسم الشحم قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما او الحوايا او ما اختلط بعظم فاستثنا من الشحوم والاصل في الاستثنا ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصار الشحوم اربعة شحم البطن وشحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على الامعا واتفقوا على انه يحنث بشحم البطن والثلثة على الخلاف هكذا ذكره في الكافي وانما لا يحنث بشرائه في يمينه لا يشتري شحما في رواية عنهما لان الشرا لا يتم بالحالف وانما يكون مشتريا للشحم اذا اشتراه من يسمي بايعه شحاما واما الاكل فيعمل بتمامه بالاكل وحده الا ترى انه لا يسمى طعاما فاشتري لحما لا يحنث وفي الاكل يحنث ولابي حنيفة رحمه الله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشا من الدم ويستعمل استعمال اللحوم لا الشحوم في اتخاذ القلايا والباجات وله قوة اللحم ولا يطلقون عليه اسم الشحم ولهذا لو حلف لا ياكل لحما يحنث باكله ولو لم يكن لحما لما حنث فكيف يكون شحما مع كونه لحما والاستثنا في الاية منقطع بدليل استثنا الحوايا فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا ذا اضمار وهو خلاف الاصل فلا يصار اليه الا الضرورة والاستثنا المنقطع وان كان خلاف الاصل ولكنه يثبت اذا دل الدليل عليه وهنا دل عليه الدليل وهو استثنا ما اختلط بعظم وهو المخ ولم يقل احد انه شحم ولئن سمي شحما لا يلزمنا لان الايمان مبنية على العرف لا على ما ذكره في القران وقد بيناه من قبل وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وقيل هذا اذا حلف بالعربية واما بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال **قال** وباليته في لحما وشحما اي لا يحنث باكل الية او شرائها فيما اذا حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم فلا يتناوله اللفظ معنى ولا عرفا **قال** وبالخبز في هذا البر يعني لو حلف لا ياكل من هذا البر فاكل من خبزه لا يحنث وكذا اذا اكل من سويقه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث باكل الخبز منه ولا يحنث بالسويق وقال محمد رحمه الله يحنث بهما وان قضمه حنث في قولهم جميعا وضع المسئلة في المعين لانه لو كان منكرا ذكر شيخ الاسلام انه ينبغي ان يكون جواب ابي حنيفة

لو حلف لا

بكلها

٢٥

كجوابهما والخلاف فيما اذا لم يكن له نية واما اذا نوى فهو كما نوى بالاجماع لانه نوى حقيقة كلامه او محتمله وهو المجاز لهما في الخلافية ان اكل ما يتخذ من البر اكل له عادة فان اهل المصر ياكلون البر ويراد به كل ما يتخذ منه فوجب العمل بعموم المجاز ومعناه ان يكون للمجاز افراد كثيرة ومن جملة افراده محل الحقيقة فيدخل الحقيقة في المجاز كمن حلف لا يدخل دار فلان فانه مجاز عن المسكن وحقيقته للملك فيدخل في اليمين ما سكنه كيف ما كان سوا كان مستاجرا او عارية او ملكا لعموم المجاز اجماعا فكذا هذا ومحمد رحمه الله مر على اصله في السويق لانه اكل المتخذ منه عرفا ولا عرف في السويق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذا الكلام له حقيقة مستعملة فانه يوكل قضما ومطبوخة وكشكا وبريشة ومقلية ومجاز متعارف فالحقيقة المستعملة اولى عنده من المجاز المتعارف فصار كمن حلف لا ياكل من هذه البيضة فاكل من فرخها وعندهما المجاز المتعارف اولى وهذا يرجع الى اصل وهو ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وعنده في التكلم وقد بيناه في اول الكتاب ولو زرع الحنطة فاكل ما خرج منها لم يحنث **قال** وفي هذا الدقيق يحنث بخبزه لا بسفه اي لو حلف لا ياكل هذا الدقيق يحنث باكل خبزه ولا يحنث بسفه لان عين الدقيق لا يوكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه كمن حلف لا ياكل من هذه النخلة تنصرف الى ما يخرج منها ولا يحنث بالسف لان الحقيقة مهجورة فسقط اعتبارها كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنا بها لم يحنث وكذا لو اكل خشب النخلة في يمينه لا ياكل من هذه النخلة لا يحنث لان يمينه انصرف الى المجاز ولم يتناول بعده الحقيقة الا بطريق عموم المجاز ولم يوجد وقيل يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر لا يسقط به الحقيقة والصحيح هو الاول وان عنى اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز المتخذ منه لانه نوى حقيقة كلامه **قال** والخبز ما اعتاده بلده اي الذي اعتاد اهل بلد الحالف اكله حتى لو حلف في القاهرة ان لا ياكل الخبز ينصرف الى خبز البر وبطبرستان الى خبز الارز وفي زبيد الى خبز الذرة والدخن ولو اكل الحالف خلاف ما عندهم من الخبز لم يحنث وكذا اذا اكل خبز القطايف الا ان ينويه لانه لا يسمى خبزا مطلقا ولو حلف لا ياكل هذا الخبز فجففه ثم دقه فشربه بالما لم يحنث لان هذا شرب وليس باكل وعن ابي جعفر رضي الله عنه فيمن قال لامراته ان اكلت هذا الخبز فانت طالق فطلبت حيلة حتى تاكل ولا تطلق قال تتخذ منه ثريدا وذلك الخبز وتلقيه في عصيدة وتطبخ حتى يصير الخبز هالكا فتاكل العصيدة ولا يحنث **قال** والشوا والطبخ على اللحم اي يطلق اسم الشوا يقع على اللحم لان الشوا يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق دون الباذنجان والجزر المشوي الا ترى ان الشوا اسم لمن يبيع اللحم المشوي دون غيره فيطلق الاسم ينصرف

سنان بغصرو نحو

وحلفه واقع عليه دون عين البر
لان حلفه يقع على النخل منه

اليه الا ان يوى كلما يشوى من بيض وغيره فيعمل بنيته وفيه تشديد على نفسه وكذا الطبخ
يقع على ما يطبخ من اللحم عرفا والقياس ان يحنث بكل ما يطبخ لكونه طبيخا حقيقة ووجه
الاستحسان ان الطبيخ اسم للمطبوخ من اللحم عرفا وعليه مبنى الايمان ومتخذه يسمى طباخا
ولا يسمى من يطبخ الادوية طباخا وكل احد يعلم بالضرورة انه لم يرد به الادوية المطبوخة
فتعذر حمله على العموم فحملناه على خاص هو متعارف ولا يحنث الا اذا اكل المطبوخ بالما
واما القلية اليابسة فلا يسمى طبيخا فلا يحنث باكلها وان اكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى
طبيخا وفيه اجزا اللحم ايضا **قال** والراس ما يباع في مصره اى اسم الراس يتناول
جميع ما يباع في بلده من الروس حتى لو حلف لا ياكل راسا فيمينه على روس يكبس في التنانير
ويباع في مصره لانا نعلم انه لم يرد به راس كل شى فان راس الجراد والعصفور لا يدخل
تحته وهو راس حقيقة فاذا لم يرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف وهو ما ذكرنا وكان
ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول يدخل فيه راس الابل والبقر والغنم ثم رجع فقال
يحنث في راس البقر والغنم خاصة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يحنث الا في راس
الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لا اختلاف حجة وبرهان
اذ مسايل الايمان مبنية على العرف قيدوا يمينه فان قيل انتم حنثتموه بلحم الخنزير والادمي
وهو لم يعرفه يباع في الاسواق ولا عرف بين الناس قلنا الاصل في جنس هذه المسايل
ان الانسان متى عقدت يمينه على فعل مضاف الى شى وان امكن العمل بحقيقته يعمل بحقيقته
وان لم يتعارفا وان لم يمكن العمل بحقيقته يجب تقييده بالمتعارف ونظيره اذا حلف
لا يدخل بيتا فدخل بيعة او كنيسة او بيت نار او الكعبة لا يحنث لانه تعذر العمل بحقيقة
البيت فانه لا يمكن الدخول في بيت العنكبوت ومثاله لو حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت
العنكبوت يحنث وان كان لا يتعارف لانه امكن العمل بحقيقته في حق الهدم بخلاف الدخول
فاذا ثبت هذا نقول فيه اذا عقد يمينه على اكل الراس فالعمل بحقيقته فيه ممتنع لان
الراس اسم للعظم واللحم واكل الكل ممتنع ولو عقد يمينه على اللحم فالعمل بحقيقته
ممكن لان اللحم يوكل بجميع اجزايه فينعقد على حقيقته وعلى هذا يخرج الجواب فيمن حلف
لا يركب دابة لانه لا يمكن ركوب جميع الدواب فان قيل هذا مستقيم في الاكل ولا يستقيم
في الشرا فان شرا الراس بجميع اجزايه ممكن قلنا لا نسلم فان من الروس ما لا يمكن شراها
كروس النمل ونحوها **قال** والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش لا العنب والرمان
والرطب والقثا والخيار حتى لو حلف لا ياكل فاكهة يحنث باكل التفاح والبطيخ والمشمش
ولا يحنث بالرمان والعنب الى اخره لان الفاكهة اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله
اى يتنعم به وهذا المعنى ثابت في التفاح والبطيخ والمشمش والخوخ والتين والاجاص
ونحوها فيحنث باكلها وعند ثابت في القثا والخيار لانهما من البقول بيعا فانهما يباعان معها
وياكلان لانهما يوضعان على الموايد مع البقول فلا يحنث باكلها واما العنب والرمان
والرطب فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي فاكهة حتى يحنث باكلها
في يمينه لا ياكل فاكهة فان معنى التفكه فيها موجود فانها اعز الفواكه واجلها ولهذا
افردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام في القران كما افرد جبريل وميكاييل
عليهما السلام بالذكر بعد دخولهما في لفظ الملايكة ومطلق الاسم يتناول الكامل
فيكون التنعم فيها فوق التنعم بغيرها من الفواكه ولابي حنيفة رحمه الله ان الفاكهة من
التفكه وهو التنعم بما لا يتعلق به البقا زيادة على المعتاد وذلك بما لا يصلح غذا ولا
دوا الا ترى انهم يقولون النار فاكهة الشتا والمزاح فاكهة وهذه الاشيا تصلح
لهما لان الرطب والعنب يوكلان غذا ويتعلق بهما البقا وبعض الناس يكتفون بهما في
بعض المواضع والرمان يوكل للتداوي فيتحقق القصور في معنى التفكه فلا يتناولهما اسم
الفاكهة على الاطلاق الا ترى ان يابس هذه الاشيا ليست من الفواكه فالزبيب والتمر
من الاقوات وحب الرمان من التوابل والفواكه لا يختلف بين رطبها ويابسها في
انها لا تصلح للغذا وما تلوناه شاهد له لا لهما وكذا قوله تعالى فانبتنا فيها حبا وعنبا
وقضبا وزيتونا ونخلا وحدايق غلبا وفاكهة وابا لان العطف يقتضي المغايرة اذ الشى
لا يعطف على نفسه وهو الاصل فلا يعدل عنه من غير ضرورة وقيل هذا اختلاف عصر
وزمان فافتى كل واحد بما شاهد من عادة اهل عصره وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن
له نية واما اذا نوى يعمل بما نوى بالاجماع وجعل البطيخ في هذا الكتاب من الفاكهة
وهكذا ذكره القدوري والحاكم الشهيد في المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله وقال
في المحيط البابس من اثمار الشجر فاكهة الا البطيخ فانه لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة
البلدان وذكر شمس الايمة السرخسي في شرحه ان البطيخ ليس من الفاكهة لان ما لا يوكل
يابسه فاكهة فرطبه لا يكون فاكهة **قال** والادام ما يصطبغ به كالخل والملح
والزيت لا اللحم والبيض والجبن اى الادام شى يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك
بالمايع دون غيره حتى لو حلف لا ياتدم لا يحنث الا بالمايع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ما يوكل مع الخبز غالبا
ادام كاللحم والجبن وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من الموادمة وهي الموافقة
قال صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة حين خطب امراة لو نظرت اليها كان احرى ان
يودم بينكما اى يوافق وما لا يوكل وحده غالبا يوافقه وقال صلى الله عليه وسلم سيد
ادام اهل الجنة اللحم ولهما ان الادام ما يوكل تبعا للخبز وحقيقة التبعية بالاختلاط

وعدم الاكل وحده كمال الموافقة يكون بالامتزاج والمرق ونحوه من المايعات لا يوكل وحده
بل يشرب والملح لا يوكل وحده عادة ولانه يذوب في الفم فيحصل الاختلاط فتبعا بخلاف
اللحم والبيض فانها يوكل وحدها فلم يكن اداما وليس له صحة فيما يروى لانه في الجنة
وكلامنا في الدنيا وهي خلافها فيجوز ان يكون اداما فيها ولانه لا يلزم من كونه سيد
الادام ان يكون من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من
العجم وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية وان نوى يعمل بما نوى اجماعا وهذا الاختلاف
على عكس اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض ونحوه لا يحنث عندهما
وعند محمد رحمه الله يحنث هو يقول انه قد يوكل وحده مقصودا فلا يصير تبعا
للخبز بالشك بخلاف ما اذا اكله مع المايعات لانها تبع له فلا يعد زيادة عليه وهما
يقولان هو ادام من وجه لانه قد يوكل تبعا فلا يحنث فيها بالشك والعنب والبطيخ
هو على هذا الاختلاف وذكر شمس الائمة السرخسي انه ليس بادام بالاجماع وهو
الصحيح لانهما يوكلان وحدهما غالبا ولان اكلهما لا يسمى موتدما عادة والبقل ليس
بادام بالاجماع **قال** والغدا الاكل من الفجر الى الظهر وهو في الحقيقة اسم
لطعام يوكل في هذا الوقت وانما اطلق على الاكل في هذا الوقت وهو التغدي توسعا
فلو حلف لا يتغدى فاكل في هذا الوقت حنث فان اكل قبله او بعده لا يحنث لان الطعام
الماكول فيه يسمى غداء اصلا ولا الاكل الواقع فيه فيحنث ولا تغديا ولا ما ياكله بعده
فلا يحنث ومقدار ما يحنث به من الاكل ان يكون اكثر من نصف الشبع لان اللقمة واللقمتين
لا يسمى غداء عادة وجنس الماكول يشترط ان يكون مما ياكله اهل بلده عادة حتى لو شرب
اللبن وشبع لا يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا يحنث ومثله لو اكل تمرا او ارزا
حتى شبع لم يحنث والتصبح من طلوع الشمس الى ارتفاع الضحى لانه من الصباح فيتقيد
بهذا الوقت ذكره في النهاية **قال** والعشاء منه الى نصف الليل والسحور منه
الى الفجر اي العشاء هو الاكل من الظهر الى نصف الليل والسحور الاكل من نصف الليل الى
طلوع الفجر واصل هذه الاشيا انها اسم للماكول في ذلك الوقت وسمي بها الفعل مجازا
على ما بينا فيحنث بالفعل الواقع فيها لا غير وروي عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يكلمه
الى السحر انه قال اذا دخل الثلث الاخير من الليل فكلمه لا يحنث لان وقت السحر ما قرب
من الفجر فانتهت به يمينه والمساء مساآن احدهما اذا زالت الشمس والاخر اذا غربت
فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمله على
المسا الاول فتعين الثاني **قال** ان لبست او اكلت او شربت ونوى معينا لم يصدق
اصلا اي لو حلف وقال ان اكلت ونحوه فعبدي حر ونوى شيئا معينا بان قال نويت الخبز

فيكون مع

او اللحم ونحوه لا يصدق قضاء ولا ديانة لان النية تعمل في الملفوظ لانها لتعيين المحتمل
والطعام ونحوه غير مذكور وانما ثبت مقتضى وهو لا عموم له فلا يحتمل الخصوص وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يصدق ديانة وبه اخذ الخصاف ونحن نقول نية غير الملفوظ لا
تصح فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال ان خرجت او قال ان ساكنت فلانا ونوى الخروج
الى سفر او المساكنة في بيت واحد فانه يصدق ديانة حتى لو خرج الى غير السفر او
ساكنه في دار لا يحنث مع ان السفر والسكنى غير مذكورين في اللفظ قلنا الخروج يتنوع
الى مديد وقصير ولهما يختلفان اسما وحكما والفعل يحتمل التنويع دون التخصيص فصح
الا ترى انه لو حلف لا يتزوج فنوى حبشية او عربية صح ويصدق ولو نوى امراة
بعينها لا يصدق لان الاول تنويع دون الثاني ولان ذكر الفعل ذكر للمصدر لغة لانه
محذوف وهو كالمنطوق فيصح نيته بخلاف نية المكان وسبب الخروج حيث لا يصح
لانه ثبت اقتضاء مع ان اصحابنا منعوا صحة النية منهم القاضي ابو حازم وابو طاهر
الدباس فعلى هذا لا يرد علينا ولان المساكنة عامة متنوعة فان اعمها ان يكون في
بلدة واحدة والمطلق منها ان يكون في دار واحدة واتمها ان يكون في بيت واحد
وقد بينا ان نية النوع في الفعل صحيحة **قال** ولو زاد ثوبا او طعاما او شرابا
دين اي لو زاد هذه الكلمات على كلامه بان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت
شرابا ونوى شيئا دون شيء دين ديانة لا قضاء لانه نكرة في الشرط فتعم كما تعم في النفي
لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وعلى هذا لو قال ان اغتسل ونوى تخصيص
الفاعل او المكان او السبب دون ذكره لا يصدق **قال** لا يشرب من دجلة
على الكرع بخلاف من ماء دجلة اي لو حلف لا يشرب من دجلة فيمينه على الكرع حتى لو شرب
باناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا بخلاف ما اذا حلف لا يشرب من ماء دجلة حيث يحنث
بالشرب بالاناء وبغيره لان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهو الشرط في الاول
دون الثاني وقالا اذا شرب بالاناء ايضا حنث لانه المتعارف يقال شرب اهل بغداد
من دجلة والمراد الشرب باي شيء كان وله ان كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة
فيه عرفا وشرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات
في الشن والا كرعنا والحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا حنث ولو حنث بالشرب بالاناء
يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز
بل هو عمل بعموم المجاز وابو حنيفة رحمه الله يقول الحقيقة مستعملة فلا يصار الى المجاز
والحق ان هذه المسالة مبنية على ان المجاز الراجح اولى عندهما من الحقيقة المستعملة
فيصار الى المجاز كذلك وعنده الحقيقة المستعملة اولى فلا يصار الى المجاز وهو نظير

اختلافهم فيمن حلف لا ياكل من هذه الحنطة ولو حلف لا يشرب من ماء البئر او من ماء الجب
يحنث بشربه بالاناء اجماعا لانه لا يمكن فيه الكرع فيتعين المجاز وان كان يمكن الكرع
فعلى الخلاف ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لان الحقيقة والمجاز
لا يجتمعان ولو حلف لا يشرب من الفرات او من ماء الفرات فعلى ما بيناه من دجلة وفاقا
وخلافا ولو شرب من نهر ياخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات لعدم
الكرع في الفرات اجماعا لحدوث النسبة الى غيره فانقطعت النسبة الى الفرات ويحنث
في يمينه لا يشرب من ماء الفرات لان يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب الى الفرات ومثل
هذه النسبة لم ينقطع بمثله ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من اي
موضع كان لانه عبارة عن العذب وقد جعله وصفا للماء قال الله تعالى واسقيناكم
ماء فراتا وكذلك لو قال لا اشرب من ماء فرات لما ذكرنا ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز
فصب ماؤه في كوز اخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة **قال** ان لم اشرب من ماء
هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه او كان فصب او الحلو ولا ماء فيه لا يحنث وان كان فصب
حنث اي رجل قال لامراته ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فانت طالق وليس
فيه ماء او كان فيه ماء فصب قبل غروب الشمس او اطلق اليمين اي لم يقل اليوم وليس في الكوز
ماء لم يحنث في هذه الصور كلها وان كان فيه فصب حنث اي في المطلق وهو ما اذا لم يقل
اليوم فحاصله ان المسألة على وجهين اما ان يكون موقتة باليوم او لم يكن موقتة به وكل
وجه على وجهين اما ان يكون فيه ماء فيصب او لا يكون فيه ماء اما في الموقت لا يحنث في
الوجهين لانه لم يكن فيه ما يستحيل الشرب منه وان اليمين على المحال لا ينعقد وكذلك ان كان
فيه ماء فصب قبل الليل لان البر في الموقت يجب في اخر الوقت وعند ذلك يستحيل البر
فيه فبطلت واما اذا كانت اليمين مطلقة غير موقتة فان لم يكن فيه ماء لا ينعقد اليمين
لاستحالة البر للحال وان كان فيه ماء انعقدت للتصور ثم يحنث بالصب لان البر يجب
عليه كما فرغ فاذا صب فقد فات البر فيحنث في ذلك الوقت كما لو مات الحالف
والماء باق وهذا عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في الوجوه كلها غير انه في الموقت
يحنث في اخر الوقت لان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث
قبله وفي المطلق يحنث للحال ان لم يكن فيه ماء وان كان فيه ماء يحنث عند الصب لانه يجب
عليه البر كما فرغ وقد تحقق العجز للحال في الفارغ فيحنث في الحال وعند الصب
في المشغول فيحنث في ذلك الوقت وعلى هذا الخلاف اذا كانت اليمين بالله تعالى واصله
ان من شرط انعقاد اليمين وبقائها التصور عندهما وعنده لا يشترط التصور لان محلها
عنده خبر في المستقبل سواء كان صادقا عليه او لم يكن الا ترى ان اليمين على مس السماء وتحويل

عندهم

الحجر ذهبا ينعقد لانه عقدها على خبر في المستقبل وان لم يكن قادرا عليه وعندهما محلها
خبر فيه رجاء الصدق ولان محل الشيء ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وهو لا يتحقق فيما ليس
فيه رجاء الصدق فلا ينعقد اصلا كيمين الغموس ولا يقال يمكن ان ينعقد اليمين موجبة للبر
على وجه تظهر في الخلف وهو الكفارة لانا نقول شرط انعقاد السبب في حق الخلف
احتمال الانعقاد في حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم تصور البر فلا ينعقد ولا يقال
يتصور ان يوجد الله تعالى الماء في الكوز فينعقد كما في اليمين على تحويل الحجر ذهبا لانا نقول
الماء الذي يوجده الله تعالى فيه غير محلوف عليه وانما المحلوف عليه الماء الكائن فيه
وقت اليمين وهو غير متصور الوجود لتحقق عدمه فيه بخلاف تحويل الحجر ذهبا ثم
ابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والمقيد في حق الحنث فحنثه في المقيد في اخر الوقت
وفي المطلق ان لم يكن فيه ماء في الحال وان كان فيه ماء فبعد الصب ومحمد فرق بين المطلق
والمقيد فيما اذا كان في الكوز ماء فحنثه عند الصب في المطلق دون المقيد وقد ذكرنا
في اثناء البحث ما يحصل به الفرق من المعاني يعرفه من تامل فيه **قال** حلف ليصعدن
السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال وقال زفر رحمه الله لا ينعقد يمينه لانه
مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة ولو كانت منعقدة لما حنث في الحال لانه في
المتصور لا يحنث الا عند تحقق الياس من فعله وهو في اخر جزء من اجزاء حيوته كما
اذا حلف ليدخلن البصرة ونحوه ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى
السماء ممكن الا ترى ان الملائكة تصعد وفيها وكذلك الجن قال الله تعالى حكاية عنهم
وانا لمسنا السماء الاية واما انقلاب الحجر ذهبا فممكن بتحويل الله تعالى فينعقد
يمينه موجبة للبر على وجه يخلفه الكفارة عند فواته كسائر المتصورات بخلاف مسئلة
الكوز فانه يستحيل ان يشرب الماء من الكوز الفارغ فلا ينعقد لعدم التصور وانما
يحنث في الحال اعتبارا للعجز الثابت عادة وهو يصلح لمنع تاخر الحنث دون منع الا
الا ترى ان الحالف اذا مات يحنث وان تصور ان يفعل بعده باحياء الله تعالى ولان
اليمين تعقد للفائدة وقد وجدت وهي وجوب الكفارة بدلا عن البر والحكم ببقاء
اليمين كان لاحتمال البر وقد تحقق العجز عنه فلا فائدة في التاخير هذا اذا كانت
اليمين مطلقة وان كانت موقتة لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت وقال زفر رحمه الله
يحنث للحال لثبوت العجز كما في المطلق وهذا القول لا يستقيم منه لانه يمنع الانعقاد
على ما ذكرنا انفا فكيف يحنث الا اذا حمل على انه رواية اخرى ولنا انه لم يلتزم
البر للحال فلا يحنث بتركه للحال ولو قال ان تركت مس السماء فعبدي حر لا يحنث لان
الترك لا يتصور في غير المقدور عليه عادة **قال** لا يكلمه فناداه وهو نائم

وكذا لدم

انعقاد

فايقظه او الا باذنه فاذن له ولم يعلم حنث اي لو حلف لا يكلم فلانا فناداه وهو نائم فنبهه او حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم الحالف بالاذن حنث اما الاول فلانه كلمه واسمعه فيحنث ولو لم يوقظه ذكر القدوري انه اذا كان بحيث يسمع لم يكن نائما يحنث يعني بحيث يسمع لو اصغى اذنه لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لغفلته ولان اسماع النائم امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو بحيث يسمع لو اصغى اذنه ولم يكن به مانع من السماع والمختار الاول لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته وقيل هو على الخلاف عند ابي حنيفة رحمه الله يحنث خلافا لهما والمسئلة معروفة فان النائم عنده كالمستيقظ في حق الاحكام واما الثاني وهو ما اذا قال لا اكلمه الا باذنه فلان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام وقيل سمي الكلام اذنا لانه يقع في الاذن الذي هو طريق العلم بالمسموعات وكل ذلك لا يتحقق الا بعد العلم وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا من اعمال القلب يتم به ولا كذلك الاذن ثم اعلم انه لا يحنث الا اذا كلمه بكلام يسمعه المحلوف عليه وهو مستانف بعد اليمين منقطع عن اليمين فان كان موصولا بها لم يحنث نحو ان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا ان يريد بهذا كلاما مستانفا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث لانه كلم الجميع ولو نوى غيره دونه دين ديانة لا قضاء ولو قال السلام عليكم الا واحدا لا يحنث لانه كلام ولو دخل دارا ليس فيها غير المحلوف عليه فقال من وضع هذا او من اين هذا حنث لانه كلمه لانه لم يطرق الاستفهام ولو قال ليت شعري من اين هذا او من وضع هذا لا يحنث لانه يخاطب نفسه ولو كان معه في الدار احد لا يحنث في المسئلتين ولو كلم غيره وقصد ان يسمعه لا يحنث ولو اشار اليه او ارسل اليه لا يحنث لان الكلام حروف منظومة ولو كان الحالف اماما لا يحنث بالتسليمتين لانه من افعال الصلاة وليس بكلام عرفا ولو كان المؤتم هو الحالف فكذلك عند محمد رحمه الله بناء على انه يخرج بسلام الامام عنده ولو سبح او فتح عليه في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث ولو قرع عليه الباب فقال من هذا يحنث ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك او لبي يحنث ولو كلمه بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو قال الحالف افعل يا حائط كذا وكذا وقصد اسماع المحلوف عليه لا يحنث ولو قال لغيره ان ابتداتك بالكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل واحد على صاحبه لا يحنث لانه لم يوجد منه كلام بصفة البداية وهو المحلوف عليه

ان يكون

مثل الرضا

خلافا

منهما

وسقط اليمين عن الحالف ثم بعد ذلك يكون بعد وجود الكلام من المحلوف عليه فلا يحنث لان شرط حنثه ان يكون قبله وعن هذا لو كان كل واحد منهما حالفا ان لا يكلم صاحبه والمسئلة بحالها لا يحنث كل واحد منهما ابدا لما ذكرنا ولو قال لامراته ان ابتداتك بالكلام فانت طالق فقالت هي ان ابتداتك بالكلام فعبدي حر ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث لانها سبقته بالكلام حين حلفت ولا يتصور حنثها بعد ذلك لانه حين كلمها بعد يمينها فقد سبقها بالكلام فكل كلام يوجد منها بعد كلامه لها فقد فات شرط الحنث

بعد ذلك يكون

قال لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف اي لو حلف لا يكلم فلانا شهرا فابتداء اليمين ~~من حين حلف اي لو حلف لا يكلم فلانا شهرا فابتداء مدة اليمين~~ من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين فصار ذكر الشهر لاخراج ما وراءه لا لاثبات المذكور ومدلوله ولان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم في الحال فيكون ابتداؤه من ذلك الوقت عملا بدلالة حاله وكذا لو قال ان تركت كلامه شهرا او ان تركت الصوم شهرا او ان لم اساكنه شهرا يتناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم مطلقا او ترك الكلام او ترك المساكنة مطلقا يتناول الابد فصار ذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا الاجارة والاجال بخلاف قوله لاصومن او لاعتكفن شهرا لان مطلق الصوم والاعتكاف المطلق لا يتابد بل يتناول الادنى في الاثبات واليمين فيكون ذكر الوقت للمد لتبيينه لا لاخراج ما وراءه **قال** لا يتكلم فقرا القران او سبح لم يحنث اي لو حلف لا يتكلم فقرا القران او سبح لا يحنث وعلى هذا التهليل والتكبير والاطلاق يتناول القراءة والتسبيح في الصلاة وخارجها وهو اختيار شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده لانه لا يسمى متكلما عادة وشرعا قال صلى الله عليه وسلم ان الله يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا تتكلموا في الصلاة ولم يفهم منه احد ترك القراءة والاذكار وقال صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التهليل والتسبيح وقراءة القران ولان الكلام مفسد ولو كانت هذه الاشياء كلام الناس لافسدت وقال تعالى حتى يسمع كلام الله فعلم انه ليس بكلام الناس واختار القدوري انه اذا قرا في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث لانه في الصلاة لا يسمى متكلما عادة ولا شرعا لما روينا واختار ابو الليث انه ان كانت اليمين بالعربية فكما قال القدوري وان كانت بالفارسية فكما اختاره خواهر زاده والفتوى انه لا يحنث في الصلاة وخارجها لوجود التكلم حقيقة وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه الاستحسان ما بينا **قال** يوم اكلم فلانا يقع على الجديدين اي الليل والنهار ومعناه لو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت

قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وكذا الطلاق بخلاف الامر باليد
وقد بيناه من قبل **قال** فان نوى النهار خاصة صدق اى ديانة وقضاء لانه
نوى حقيقة كلامه وهو مستعمل فيه ايضا فيصدق وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا
يصدق في القضاء لانه خلاف المتعارف وقد ذكرنا اختلاف الروايتين في صحة نية الجميع
اذا كانت الحقيقة غير المتعارفة في قوله ليأتينه ان استطاع **قال** وليلة اكلمه
على الليل اى لو قال ليلة اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل خاصة لانه حقيقته
في سواد الليل خاصة كالنهار للبياض خاصة ولم يجئ استعماله في مطلق الوقت بخلاف
اليوم ومما يضاده قال الله تعالى وهو الذي جعل الليل والنهار خلفة فان قيل كيف
يصح ان يقال لم يجئ استعماله الليل لمطلق الوقت وقد اطلقته العرب على الليل والنهار
حتى قال الشاعر • وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالي لاقينا الجذام وحميرا •
قلنا هذا القائل ذكر الليالي بعبارة الجمع وذكر عدد احدهما بعبارة الجمع يدخل ما بازائه
من العدد الاخر على ما بينا في الاعتكاف وكلامنا هنا في المفرد فلا يلزمنا **قال**
ان كلمته الا ان يقدم زيد او حتى او الا ان يأذن او حتى يأذن فكلم قبل قدومه او اذنه
حنث وبعدهما لا اى لو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او حتى يقدم فلان او قال
الا ان يأذن لي او حتى يأذن لي فلان فامرأته طالق فكلمه قبل قدومه او اذنه طلقت
ولو كلمه بعد القدوم او الاذن لا تطلق لان القدوم والاذن صار غاية لليمين فبقي
اليمين قبل وجود الغاية فيحنث بوجود الشرط لبقاء اليمين ولا يحنث بعدها لانتهاء اليمين
وانما قلنا انهما غايتان لدخول حرف الغاية فيهما وهي كلمة حتى فانها للغاية واما الا
ان فانها في الاصل للاستثناء وتستعار للشرط والغاية اذا تعذر الاستثناء لمناسبة بينهما و
بينها وهو ان حكم ما قبل كل واحد من الاستثناء والشرط والغاية يخالف ما بعده
ثم الاصل فيها اذا تعذر الاستثناء انها متى دخلت على ما لا يتوقت تكون للشرط كقوله انت
طالق الا ان يقدم فلان ان قدم لا تطلق وان لم يقدم حتى مات طلقت فحملت على الشرط
كانه قال ان لم يقدم فلان فانت طالق لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق
والقدوم وكان حملها على الشرط اولى من حملها على الغاية فيه لان الطلاق لا يحتمل التأقيت
لانه متى وقع في وقت وقع في جميع الاوقات فتعين ان تكون للشرط فيكون معلقا بعدم القدوم
لا بوجوده لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون علما على وقوع الطلاق وعدم القدوم
على وجود الطلاق وان دخلت على ما يتوقت تكون للغاية كما نحن فيه من مسئلة الكتاب
لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الاذن والكلام فحملت على الغاية لانها دخلت
على اليمين وهي تقبل الغاية كما اذا حلف لا يكلمه الى رجب ونحو ذلك فكان حملها على الغاية فيه

فلان

الا ان اما حتى فظاهر

اول

اولى من حمله على الشرط لان مناسبة الاستثناء للغاية اقوى من مناسبته للشرط الا يرى
ان الحكم موجود فيهما في الحال بخلاف الشرط فاذا ثبت هذا فنقول اذا كلمه قبل القدوم
او الاذن حنث لان اليمين باقية قبل وجود الغاية وان كلمه بعد القدوم او الاذن
لا يحنث لان اليمين انتهت بوجود الغاية **قال** وان مات زيد سقط الحلف اى لو
مات زيد قبل ان يقدم او يأذن سقطت اليمين لان حكم هذا اليمين حرمة الكلام في مدة
تنتهي بالقدوم او الاذن وبعد الموت لا يتصور ذلك فيبطل ولا يعتبر تصوره باعادة
الحياة فيه لان المحلوف عليه الاذن والقدوم في هذه الحياة فصار كما لو حلف ليقتلن
فلانا فمات فلان يحنث في الحال للياس من القتل ولا يعتبر تصور القتل لبقاء اليمين باعادة
الحياة فيه وهذا عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا تبطل اليمين لان تصور البر ابتدا
عنده ليس بشرط على ما بينا في مسئلة الكوز وكذا بقاء فيتأبد اليمين لسقوط الغاية **قال**
لا يأكل طعام زيد او لا يدخل داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب دابته او لا يكلم عبده
ان اشار وزال ملكه وفعل لم يحنث كالمتجدد وان لم يشر لا يحنث بعد الزوال وحنث
بالمتجدد اى لو حلف لا يأكل طعام زيد الى اخره ان اشار الى الطعام ونحوه بان قال
طعام زيد هذا اى هذا الطعام وزال ملك المحلوف عليه ثم اكله الحالف لا يحنث كما
لا يحنث في اكله طعامه المتجدد بان ملكه بعد اليمين وان لم يشر اليه بل اطلقه بان قال
لا اكل طعام زيد فزال ما كان ملكه في ذلك الوقت عن ملكه فاكله لا يحنث ايضا ولو تجدد
له ملك غير ذلك فاكله يحنث هنا فحاصله انه ان اشار اليه مع الاضافة فخرج عن ملكه
لم يحنث بالفعل وان لم يجدد له ملك لم يحنث ايضا وان لم يكن مشارا اليه يحنث في ملكه
مطلقا سواء كان موجودا في ملكه عند اليمين او حدث بعده اما اذا لم يشر اليه فلانه عقد
يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان فيحنث ما دامت الاضافة باقية وان كانت
متجددة بعد اليمين ولا يحنث بعد زوالها لعدم شرط الحنث وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يحنث في الملك المتجدد له في الدار وحدها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فهي اول
ما يشترى واخرها يباع فيتقيد اليمين المضافة الى الدار بالقائمة منها في ملكه وقت اليمين
وعنه في رواية يتقيد اليمين في الجميع بالقائم في ملكه وقت الحلف ونحن نقول ان اللفظ
مطلق فيجري على اطلاقه والعرف مشترك فلا يصلح مقيدا واما اذا اشار اليه فلان
اليمين عقدت على عين مضاف الى فلان اضافة ملك فلا تبقى اليمين بعد زوال الملك كما اذا لم
يعين وهذا لان هذه الاعيان لا تقصد بهجرانها لذواتها بل لمعنى في ملاكها واليمين تتقيد
بمقصود الحالف ولهذا تتقيد بالصفة الحاملة على اليمين وان كانت في الحاضر على ما بينا
من قبل وهذه صفة حاملة على اليمين فتتقيد بها فصار كانه قال ما دام ملكا لفلان نظرا الى

مقصوده وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله يحنث اذا فعل بعدما خرج من ملكه لانه جمع بين
الاشارة والاضافة وكل واحد منهما للتعريف الا ان الاشارة ابلغ في التعريف لانها تقطع
شركة الاغيار والاضافة لا تقطع فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة والمشار اليه
قائم فيحنث وجوابه ما بينا وقوله الاضافة تلغو مع الاشارة قلنا الاضافة انما تلغو
اذا لم يكن فيها فائدة اخرى غير التعريف وههنا في اضافة الملك فائدة اخرى غير التعريف
وهو هجران صاحبها لجواز ان يكون حاملا له على اليمين غيظ لحقه من جهة المالك فيعتبر حتى
اذا فقد احدهما لا يحنث قال وفي الزوجة والصديق يحنث في المشار بعد الزوال
اي لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا او زوجته هذه فكلمه بعد زوال الصداقة والزوجية فلان صح
حنث وهذا بالاجماع لان الحر مقصود بالهجران لذاته فكانت الاضافة للتعريف المحض
والداعي لمعنى في المضاف غير ظاهر لانه لم يعين اي لم يقل صديق فلان لان فلانا عدو لي لا اكلمه اليه صح
فلا يشترط دوامها بخلاف ما مر على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان في تلك الاعيان
لا يهجر لذواتها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية خلافا لما روي عن
ابي حنيفة رحمه الله لانه لخسته وسقوط منزلته الحق بالجماد حتى يباع كالبهائم فلا يقصد
بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها قال وفي غير المشار لا
اي لو حلف في غير المشار اليه من الصديق والزوجة بان قال لا اكلم صديق فلان او زوجته
فزالت النسبة اليه بان عادا صديقه او طلق زوجته فكلمه لا يحنث وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف
فصار كالمشار اليه ولهما ان يحتمل ان الحر لغيره يحتمل وترك الاشارة والتسمية باسمه
تدل على ذلك فلا يحنث مع الاحتمال بالشك قال ويحنث بالمتجدد اي يحنث بالمتجدد
من الصديق والزوجة في هذه الصورة وهي ما اذا حلف لا يكلم صديق فلان او زوجته
ولم يشر اليه وهذا عندهما وعند محمد رحمه الله لا يحنث وهو مبني على ما تقدم من انه يتناول
المعين وهو الموجود ويكون معادا انه لذاته عنده وعندهما لاجل الاضافة هذا اذا لم
تكن له نية واما اذا نوى فعلى ما نوى لانه نوى محتمل كلامه قال لا يكلم صاحب هذا
الطيلسان اي حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه فكلمه حنث لان الانسان لا يمتنع
عن كلام صاحب الطيلسان لاجل الطيلسان فكانت الاضافة للتعريف فتعلقت اليمين بالمعرف
ولهذا لو كلم المشتري لا يحنث قال الزمان والحين ومنكرهما ستة اشهر والمراد بلغ
بالمنكر ما لم يدخله الالف واللام منهما نحو لو قال لا اكلمه حينا او زمانا او الحين
او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين يذكر بمعنى الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين
تمسون اي ساعة تمسون ويطلق على اربعين سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر

والمراد

والمراد اربعون سنة ويطلق على ستة اشهر فيحمل عليه قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين قال
ابن عباس رضي الله عنهما هي ستة اشهر فيحمل عليه لانه هو الوسط وخير الامور اوساطها ولان ن
اللحظة لا يقصد الامتناع عنها باليمين للقدرة على الامتناع بدونها والاربعون سنة بمنزلة الابد
ومن يأمل ان يعيش اربعين سنة ولو قصد ذلك لاطلقه ولم يذكر الحين لانه يتأبد عند الاطلاق
فيتعين ما عيناه والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان وليس
فيه المعرف والمنكر لا ستة اشهر لما كانت معهودة انصرف المعرف اليها هذا اذا لم يكن
له نية واما اذا نوى شيئا فعلى ما نوى لانه محتمل كلامه قال والدهر والابد العمر
لان المعرف منهما يراد به الابد عادة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر اي
الابد وقال صلى الله عليه وسلم من صام الابد فلا صيام له اي عمره كله قال ودهر
مجمل اي المنكر منه مجمل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو كالحين والخلاف في المنكر
خاصة هو الصحيح واما المعرف بالالف واللام يراد به الابد بالاجماع على ما بينا لهما
انه يستعمل استعمال الحين يقال ما رايته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة
توقف فيه وقال لا ادري ما الدهر والتوقف عند عدم المرجح من الكمال كما روي
انه صلى الله عليه وسلم سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسال جبريل عليه السلام
فسال جبريل عليهما السلام فقال لا ادري حتى اسال ربي عز وجل فصعد الى السماء ونزل فقال
سالت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير اهلها من يكون اول الناس دخولا
واخرهم خروجا وسئل ابن عمر رضي الله عنه عن شيء فقال لا ادري ثم قال بعد ذلك طوبى
لابن عمر سئل عن شيء لا يدري فقال لا ادري فعلم انه من الكمال والورع وقيل انما قال
لا ادري تأدبا وحفظا للسانه عن التحدث في الدهر فانه جاء في الخبر انه صلى الله عليه و
قال لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر اي خالق الدهر وقيل وجد استعمال الناس فيه
مختلفا فان المعرف منه للابد والمنكر خالف ذلك فقال لا ادري ما الدهر لان اللغات لا
تدرك بالراي فترك الخوض فيه بالقياس قال والايام وايام كثيرة والشهور والسنون
عشرة ومنكرها ثلثة وكذلك الجمع والازمنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في
الايام وايام كثيرة سبعة والشهور اثنا عشر وما عداها للابد والمنكر منها ثلثة بالاجماع
لانه جمع ذكر منكرا فيتناول الاقل للتيقن به بخلاف المعاوضات حيث يبطل مثله لانه
يفضي الى المنازعة للجهالة واما المعرف باللام والالف فالحاصل فيه انه لتعريف العهد ان كان
ثم معهود وان لم يكن فللجنس فاذا كان للجنس فلا يخلو اما ان ينصرف الى ادنى الجنس او الى الكل
ولا يتناول ما بينهما فاذا ثبت هذا فهما يقولان وجد العهد ههنا في الايام والشهور لان
الايام تدور على سبعة والشهور على اثني عشر فينصرف اليه وفي غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر

وابو حنيفة رحمه الله يقول ان اكثر ما يطلق عليه اسم الجمع عشرة واقله ثلاثة فاذا دخلت
عليه آلة التعريف استغرق الجميع وهو العشرة لان الكل من الاقل بمنزلة العام من الخاص
والاصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فحملناه عليه ولا نسلم انها
ذكرا معهودة لان ايامها لانها اساميها لا لانفسها وآلة التعريف انما دخلت على الايام
او الشهور ونحوها فانصرفت الى تعريفها في انفسها فصادفت ايضا ما يطلق عليه ذلك
اللفظ فان قيل آلة التعريف اذا دخلت على الاعيان تفيد تعريف الجنس لا تعريف العدد
الا ترى ان من حلف لا يشتري العبيد او لا يتزوج النساء ينصرف الى الجنس لا الى العدد
فوجب ان يكون كذلك قلنا العدد في الزمان معهود لانه يتعدد ويعاد فصار صرفه
الى هذا المعهود اولى من صرفه الى الجنس لانه يتبادر الى الذهن ولانه لو حمل على العدد
لحمل على العشرة فحينئذ يتنكر لعدم الاولوية وذلك لا يجوز بعد دخول آلة التعريف
فيكون باطلا بخلاف الزمان فان ابتداءه من وقت اليمين فلا يتنكر فان قيل الجمع المحلى
بآلة التعريف يحمل على الادنى مع احتمال الكل كقوله لا اشتري العبيد ونحوه فلم حمل
هاهنا على الكل قلنا الاصل في العموم الاستغراق الا اذا تعذر فامكن ذلك في الازمان ن
دون الاعيان لان عرضيته المنع عما يقدر عليه او الحمل وهو لم يقدر ان يشتري الافراد
كلها في الاعيان فكيف يمنع نفسه عنه ولو امتنع عنه يضاف الامتناع الى عدم القدرة
لا الى اليمين بخلاف الزمان فانه يمكنه ان يمتنع في الكل وكذا بالفعل مرة في ذلك
الزمان يحنث لان من حلف لا يفعل شيئا في زمان يفعله مرة حنث كمن حلف لا يكلم فلانا
شهرا فكلمه مرة وفي الاعيان لا يحنث حتى يفعل في كل فرد من افراده فلو حمل على الاستغراق
لما تصور حنثه فلا يحتاج ان يمنع نفسه عنه لعدم قدرته على الفعل في الكل وفي قوله
لا اكلمه اياما كثيرة انما انصرف الى المعهود وهو العشرة عنده وعندهما السبعة
لانه لما وصفه بالكثرة يعلم بالضرورة انه لم يرد به الاقل وهو الثلاث لانه لو لم يصفه
كان متناولا له ومنصرفا اليه وليس بعض الاعداد مما فوق الثلاث باولى من البعض فيصرف
الى المعهود بلفظ الايام من القولين ثم الجمع معرفا ومنكرا يقع على ايام الجمعة في المدة
ولو ان يكلمه ما بين الجمعات لانه حقيقة اسم ليوم مخصوص الا اذا نوى الاسبوع فيصدق
صدق لاحتمال وللتغليظ على نفسه

باب اليمين في الطلاق

والعتاق الاصل في هذا الباب ان الولد الميت ولد في حق غيره لا في حق نفسه وان
الاول اسم لفرد سابق والاخير لفرد لاحق والوسط لفرد بين العدد المتساوين وان

الشخص الواحد متى اتصف بواحد من هذه الثلاثة لا يتصف بالآخرين للتنافي بينهما وكذلك
الفعل **قال** ان ولدت فانت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر فولدت ولدا ميتا
ثم آخر حيا عتق الحي وحده اي لا يعتق الذي يولد بعده ومعنى هذا الكلام ان من قال لامرأته
ان ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا
فانت حرة لان الموجود ولد حقيقة وعرفا وشرعا حتى تنقضي به العدة والدم الذي
بعده نفاس وتصير الامة به ام ولد ويرجى شفاعته يوم القيامة قال صلى الله عليه
وسلم ان السقط ليقوم محبنطئا على باب الجنة فيقول لا ادخل حتى يدخل ابواي فاذا كان
ولدا تحقق الشرط فينزل الجزاء على امه ضرورة بخلاف ما اذا قال اذا ولدت ولدا فهو
حر حيث يشترط ان يكون حيا عند ابي حنيفة رحمه الله حتى اذا ولدت ولدا ميتا ثم آخر
حيا عتق الحي عنده وهو المراد بقوله بخلاف فهو حر اي بخلاف قوله اذا ولدت ولدا
فذلك الولد حر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد
تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء
والانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار
فانت طالق فابانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار انحلت اليمين فصار كما لو علق به
الطلاق او عتق غيره على ما بينا والذي يحققه انه لو قال لثاني ولد تلدينه فهو حر فولدت
ميتا ثم آخر حيا عتق الثاني فلولا ان الاول ولد لما عتق لانه لم يصر ثانيا وله انه لما جعل
الحرية وصفا للمولود تقيد بولادة الحي نظرا الى هذا الوصف اذ الميت لا يقبله وبه
فارق ما استشهدا به لان الجزاء هنالك ليس وصفا للشرط او نقول ثبتت الحياة فيه
مقتضى صونا لكلام العاقل عن اللغو الا ترى انه لو قال ان ولدت ولدا ميتا فهو حر
لغى ونظيره ما اذا قال ان ضربت فلانا فعبدي حر يتقيد بحياة المضروب لان معنى
الضرب وهو الايلام لا يتحقق بعد الموت بخلاف ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو
حر فاشترى عبدا لغيره حيث تنحل به اليمين ولم تتقيد اليمين بالشراء لنفسه لان المشترى
لغيره محل للاعتاق وان كان لا ينفذ فيه الا باجازة المالك وعلى هذا الخلاف لو قال
اول ولد تلدينه فهو حر فانه يتقيد بوصف الحياة عنده حتى لو ولدت ميتا ثم آخر حيا
عتق الحي وعندهما لا يعتق بخلاف ما اذا قال اول ولد تلدينه حيا او قال ان ولدت
ولدا حيا فهو حر لانه قيده بالحياة نصا وبخلاف ما اذا قال اول عبد يدخل علي فهو
حر فادخل عليه عبد ميت ثم آخر حي حيث يعتق الآخر بالاجماع في الصحيح والفرق
لهما ان العبودية تبقى بعد الموت لا تنفى لان الرق يبطل بالموت بخلاف الولد او الولادة
فانه يطلق على الميت ايضا اجماعا ولهذا لو علق به الطلاق او حرية غيره لا يتقيد بالحياة

قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا عتق ولو ملك عبدين ثم اخر لا يعتق
واحد منهم لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره في اسمه ومعناه فالمشتري في
المسئلة الاولى وجد فيه هذا المعنى فيعتق وفي الثانية لم يوجد لانه لما اشترى العبدين
معا في عقد واحد لم يوجد فيهما السبق وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدهما لعدم
السبق قال ولو زاد وحده عتق الثالث اي زاد هذه الكلمة على الكلام الاول
بان قال اول عبد اشتريه وحده او املكه وحده فهو حر فاشترى عبدين معا ثم
واحدا بعد ثم عتق الثالث لانه يراد الانفراد في حالة الشرا لان وحده للحال لغة
يقال جاء زيد وحده اي منفردا فالشرط انفراده في حالة الشرا او لم يسبقه احد
بهذه الصفة فكان اولا فصار نظير ما لو قال اول عبد اشتريه بالدنانير عتق لما قلنا
فهو حر فاشترى عبدا بالدراهم او بالعروض ثم اشترى عبدا بالدنانير عتق لما قلنا
وكذا لو قال اول عبد اشتريه اسود فهو حر فاشترى عبدا ابيض ثم اشترى اسود
عتق وفي المسئلة الاولى لو قال اول عبد اشتريه ولم يتعرض لحاله فان قيل لو قال
اول عبد اشتريه واحدا فهو حر فاشترى عبدين ثم اشترى عبدا لا يعتق الثالث فما فما الفرق
قلنا الفرق بينهما ان وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به ونفي مشاركة الغير
اياه في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات وواحدا يقتضي الانفراد في الذات
ويؤكد الموجب الا ترى انه يصح ان يقال في الدار رجل واحد وان كانت معه امراة
لانه يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا في الفعل المقرون به وهو الكينونة في
الدار ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضي وصف التفرد للرجل في الفعل المقرون به
وهو الكينونة في الدار لا انفراده في ذاته وهو الرجولية وعلى هذا لو قال ما في الدار
رجل واحد وفيها رجلان كان كاذبا ولو قال ما في الدار رجل وحده كان صادقا
فاذا ثبت هذا فنقول قوله املكه وحده يقتضي التفرد في التملك والعبد الثالث متصف
بهذه الصفة على ما بينا فعتق وقوله املكه واحدا صفة للعبد يقتضي التفرد في ذاته
فلم يتعلق الحكم به وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد حالة
الشرا فلم يعتق الا اذا نوى معنى التوحد في حالة الشرا ولانه يحتمل ان يكون حالا من
العبد او من المولى فلا يعتق بالشك ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا
ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا
ينقطع عنه وصف الاولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا او نحوه بخلاف ما اذا قال
اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصف كر حيث لا يلزمه شي لان النصف يزاحم الكل
في المكيلات والموزونات لانه لم يتصف بينهما واحدا بخلاف الثياب والعبد

ولو قال اخر عبد املكه فهو حر فملك عبدا ومات لم يعتق لان الاخر اسم لفرد لاحق لا
يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا الا ترى انه يدخل في قوله اول
عبد املكه فيستحيل ان يدخل في ضده قال فلو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات
عتق الاخر لانه فرد لاحق ويستند العتق الى وقت الشرا حتى يعتبر من جميع المال
ان كان اشتراه في صحته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت
فيعتبر من الثلث على كل حال لان الاخرية لا تثبت بعدم شرا غيره بعده فصار العتق
معلقا بعدم الشرا بعده وانما ثبت العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمن الموت
كما لو قال ان لم اشتر عليك عبدا فانت حر فلم يشتر حتى مات يعتق الحالف مقتصرا
على حالة الموت فكذا هذا لانه في معناه والمعنى هو المعتبر وله ان الاخرية تثبت
للثاني كما اشتراه الا ان هذه الصفة بعرض الزوال لاحتمال شرا غيره بعده فاذا
مات ولم يوجد ما يبطل صفة الاخرية تبين انه كان اخرا منذ اشتراه فيعتق من ذلك
الوقت كما لو علق الطلاق او العتاق بالحيض برؤية الدم لم يحنث للحال لاحتمال الانقطاع ع
دون الثلث فاذا استمر ثلثة ايام تبين ان العتق او الطلاق كان واقعا من وقت
رؤية الدم وقولهما ان صفة الاخرية انما تثبت بعدم شرا غيره بعده قلنا نعم
ولكن ذلك غير مذكور فلا يجعل شرطا شرعا الا ترى انه لو آلى من امراته ومضت
اربعة اشهر ثم قال ان كنت فئت اليها لم يقبل قوله مع ان الطلاق معلق بعدم القربان
لكنه لما لم يكن ملفوظا صريحا لم يجعل شرطا بخلاف ما لو قال ان لم اقربك اربعة اشهر
فانت طالق بائن فلما مضت اربعة اشهر قال كنت قربتها في المدة فانه يقبل قوله
كذا هنا وعلى هذا الخلاف فيما اذا قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلثا تقع عند
الموت عندهما وترث بحكم انه فار ولها مهر واحد وعليها العدة الوفاة لا بعد الاجلين
من عدة الطلاق والوفاة وان كان رجعيا فعليها عدة الوفاة ويجب وعنده تقع منذ
تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر ونصف مهر مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق
قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا احداد ولا ترث منه ولو قال اخر امراة اتزوجها طالق
فتزوج امراة ثم اخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التي تزوجها مرة لان
التي اعاد عليها التزوج اتصفت بكونها اولى فلا تتصف بالاخرية للتضاد كمن قال اخر عبد
كذا اضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب اخر ثم اعاد الضرب في الاول ثم مات عتق المضروب
مرة قال كل عبد بشرني بكذا فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة
اسم لخبر سار صدق وليس للمبشر به علم به عرفا ويتحقق ذلك من الاول دون الباقين
الا ترى الى ما روي انه صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن ومعه ابو بكر

وعن هذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدره بذلك أبو بكر وعمر فكان يقول ابن مسعود بشرني أبو بكر وأخبرني عمر فقد سمى أبا بكر مبشرا لأنه أخبره بخبر سار صدق ولم يكن له به علم وهذا خلاف الخبر حيث لا يشترط فيه عدم العلم به حتى لو قال لمن أخبرني بقدوم فلان فهو حر فأخبره ثلاثة متفرقون عتقوا لما بينا وبشارة لكنه يشترط أن يكون صدقا كما في البشارة ولو أرسل إليه العبد عتق في البشارة والخبر لأن الكتابة والمراسلة تسمى بشارة وهذا خلاف الحديث حيث لا يحنث إلا بالمشافهة ولو أن عبدا له أرسل عبدا آخر بالبشارة فجاء الرسول وقال للمولى إن فلانا يقول لك قد قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهذه منزلة الكتاب ولو قال الرسول إن فلانا قد قدم ولم يقل أرسلني عتق الرسول خاصة **قال** وإن بشروه معا عتقوا لأن البشارة تحققت من الجميع لأنها عبارة عن خبر يغير بشرة الوجه لغة وفي العرف عبارة عما بيناه وهي تتحقق من الجماعة قال الله تعالى فبشروه بغلام عليم **قال** وصح شراء أبيه للكفارة لا شراء من حلف بعتقه وأم ولده وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز شراء أبيه أيضا عن الكفارة ومعنى هذه المسألة في أم الولد أن يقول لأمة غيره وقد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة والأصل فيه أن النية إذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير وإلا فلا والخلاف في المسألة الأولى بناء عليه فعندهما علة العتق القرابة لأنها علة الصلة بين الأقارب لأنها تجب بالقرابة كما في النفقة والبر وإن الشراء شرط العتق لأنه سبب الملك والإعتاق سبب لزواله وبينهما تناف فاستحال إضافة العتق إلى الشراء فلم تتصل النية بعلة العتق فلا يصح كمن قال لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا للعتق عن الكفارة فإنه لا يجزيه وهو المراد بقوله لا شراء من حلف بعتقه والجامع بينهما أن نية الكفارة قارنت الشرط في المسألتين وهو الشراء لأن العلة هو التعليق الأول ولهذا يشترط الأهلية عنده حتى لو قارنته النية صح وجاز عن الكفارة ولأن فيه صرف منفعة الكفارة إلى أبيه فلا يجوز كغيرها من القرب الواجبة عليه ولنا أن شراء القريب إعتاق قال صلى الله عليه وسلم لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه الجماعة إلا البخاري أي يعتقه بذلك الشراء لأنه لا يحتاج للعتق إلى شيء آخر وهذا كما يقال سقاه فأرواه أي بذلك السقي وضربه فأوجعه أي بذلك الضرب وقد اقترنت النية به فوجب القول بجوازه لاقتران النية بعلة العتق والدليل على أنه إعتاق أن الرجل لو اشترى نصفه من أحد الشريكين يضمن إن كان موسرا وهذا الضمان لا يجب

إلا على المعتق ولأن الشراء يوجب الملك والملك يوجب العتق في القريب فيضاف الملك مع حكمه إلى الشراء لأنهما حدثا به وهذا كمن رمى إنسانا فأصابه فمات فقتل به كأنه حز رقبته بالسيف لأن الرمي يوجب نفوذ السهم ومضيه في الهواء والنفوذ سبب الوقوع في المرمي إليه والوقوع سبب الجرح وهو سبب الموت فيضاف كله إلى الرامي الذي هو علة ولأن العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة فكانا علة ذات وصفين ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى آخرهما لأن تمام العلة به وآخر الوصفين هنا الملك فيكون فيه معتقا ولهذا لو ادعى أحد الشريكين نسب نصيبه من العبد المشترك ضمن نصيب شريكه لأن القرابة صارت آخر الوصفين فصار بها معتقا ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثاني حيث لا يضاف الحكم إليها وحدها وإن تمت الحجة بها بل يجب عليهما ضمان ما أتلفا بشهادتهما عند الرجوع لأن الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقضاء يكون بهما جميعا ولا يقال إن العتق مستحق بالقرابة لأنا نقول الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة إلى أبيه لأنه لما جاز صرفها إلى عبده فأولى أن يجوز إلى أبيه بخلاف غيرها من أنواع الواجبات كالإطعام والكسوة والزكاة لأنه لا يجوز صرفها إلى عبده فكذا إلى أبيه وعلى هذا الخلاف لو وهب له قريبه أو تصدق عليه به أو أوصى له به فقبل ناويا عن الكفارة بخلاف ما إذا ورثه فإنه لا يجزي ولم يكن له فيه صنع ولا اختيار ولهذا لا يجب عليه الضمان لشريكه به فلا يمكن أن يجعل معتقا بدون اختياره ومباشرته وإنما لا يجوز شراء من حلف بعتقه عن الكفارة إذا نوى بالشراء عن الكفارة لأن النية لم تقترن بالعلة وهي اليمين ولا يقال المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكأن علة في ذلك الوقت وقد اقترنت النية به فيه لأنا نقول هو كالمنجز في ذلك الوقت حكما لا حقيقة ألا ترى أن الأهلية شرط كالنية وهي تشترط عند العلة وهي اليمين وأما الشراء فشرط محض لأنه لا يضاف إليه الحكم وهو العتق وإنما يضاف إلى اليمين السابق لأنه هو المؤثر حتى لو اقترنت النية به بأن قال إن اشتريتك فأنت حر عن كفارة يميني فاشتراه أجزأه عن كفارته لاقتران النية بالعلة إلا إذا كانت أمة قد استولدها بالنكاح فإن عتقها لا يجزيه عن الكفارة لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى وقال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها **قال** وإن تسريت أمة فهي حرة صح لو في ملكه أي لو قال إن تسريت أمة فهي حرة فتسرى أمة كانت في ملكه يوم حلف عتقت لأن اليمين انعقدت في حقها لأنها تتناول المملوكة في ذلك الوقت على العموم لكون الأمة نكرة في سياق الشرط وهو كالنفي **قال** وإلا لا أي إن لم تكن الجارية التي تسراها في ملكه حين حلف لا تعتق ومراده أنه لا يتناول من ليس في

ملكه يوم حلف حتى لو اشترى جارية وتسرى بها لا يعتق وقال زفر رحمه الله تعالى يعتق لأن التسري لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير كأنه قال إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر لأن الطلاق لا يصح إلا في الملك فصار ذكره ذكرا للملك فكذا هنا ولا يقال هذا إثبات الملك بالاقتضاء لأنه يجوز أن يثبت بدلالة اللفظ أو الحذف إذ إثبات ما لم يذكر لا ينحصر بالاقتضاء بل الظاهر أنه من باب دلالة اللفظ لأنه بمجرد ذكر التسري يسبق الملك إلى الفهم وفي الاقتضاء لا يلزم الفهم من اللفظ وقد يتفق كما في قوله إن أكلت أو شربت يفهم منه الطعام وهو مقتضى ولنا أن اليمين بالعتق إنما يصح في الملك أو مضافا إليه أو إلى سببه ولم يوجد واحد منهما وحقيقتها وهذا لأن التسري عبارة عن التحصين والمنع عن الخروج مأخوذ من السرية واحدة السراري وهي منسوبة إلى السر وهو الجماع أو الإخفاء أو إلى السرور لأن الإنسان يسر بها أو إلى السري وهو السيد وهي من جملة ما غير في النسب إلى فعلية كما قالوا في النسب إلى الدهر دهري وإلى الأرض السهلة سهلي وقلبت إحدى الراءات ياء في تسريت وأصله تسررت كما قلبت إحدى النونات ياء في تظنيت وأصله تظننت وطلب الولد ليس بشرط وفي التحصين للتسري خلافا لأبي يوسف حتى لو عزل عنها لا تكون سرية عنده فإذا كانت عبارة عن التحصين وذلك يكون بملك النكاح كما يكون بملك اليمين فكان من ضرورته ملك المتعة لا ملك الرقبة فلا يصير ذكره ذكر ملك اليمين كما إذا قال لجارية الغير إذا جامعتك فأنت حرة فاشتراها وجامعها لم تعتق لما قلنا بخلاف الطلاق لأنه لا يملك التطليق إلا بملك النكاح فصار ذكره ذكرا للنكاح ولئن سلمنا أن ذكر التسري ذكر لملك اليمين لا يلزم منه عتقها لأن اشتراط الملك ثبت اقتضاء ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدرها ولا يظهر ثبوته في حق صحة الجزاء وهو الحرية لأن ما ثبت اقتضاء للضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر فيما وراءها وهذا لأنه لما جعل التسري شرطا للعتق احتاج إلى إثبات الشرط وهو التسري ولا يكون التسري إلا في الملك فلزم الملك ضرورة صحة هذا الشرط وهو التسري وأما نزول الجزاء فالشرط مستغنى عنه لأنه يمكن ثبوت الشرط بدون نزول الجزاء ألا ترى أن التسري يوجد وإن لم يعتق الأمة وفي مسألة الطلاق ظهر النكاح في حق الشرط وهو الطلاق الذي علق به العتق ولم يتعد إلى الجزاء وإنما يعتق العبد الذي في ملكه لأنه صادفه التعليق لكونه في ملكه في الحال ولأن الإنسان يعلق عتق عبده بشرط سيوجد ومن أن سلمنا أنه لو قال لأجنبية إن طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لم تطلق ثلاثا لأن ذكر الطلاق ذكر للنكاح لصحة الطلاق الذي هو الشرط ولم يكن ذكرا للنكاح في صحة الجزاء وهو وقوع الثلاث المعلق بالطلاق

الذي هو الشرط وما قاله زفر رحمه الله لا يصح لأنه لو كان كما قاله لما تناول من كان في ملكه يوم حلف لأنه يكون تقدير الكلام إن ملكت جارية وتسريت بها فهي حرة فلا يعتق من كانت في ملكه يومئذ إذا تسرى بها ومن زعم ما استشهد به زفر رحمه الله أن يقول لامرأة إن تسريت بك فعبدي حر فاشتراها فتسرى بها عتق عبده الذي كان في ملكه وقت الحلف ولا يعتق من اشتراه بعده. **قال** كل مملوك لي حر عتق عبيده القن وأمهاته وأولاده ومدبروه لأن المطلق ينصرف إلى الكامل وملكه في هؤلاء كامل لأنه يملكهم رقبة ويدا ولو قال أردت به الرجال دون النساء يدين ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض أو بالعكس حيث لا يصدق ديانة ولا قضاء لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في اللفظ ولا عموم لما لم يدخل تحت اللفظ فلا تعمل فيه التخصيص ولو قال نويت النساء دون الرجال لم يصدق لأن المملوك حقيقة في الذكور دون الإناث فإن الأنثى يقال لها مملوكة لكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ المذكر عادة بطريق التبعية ولا يستعمل فيهن عند انفرادهن فيكون نيته لغوا بخلاف ما إذا قال نويت الرجال خاصة حيث يصدق لأنه نوى حقيقة كلامه لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وكذا لو قال نويت غير المدبر لم يصدق قضاء. **قال** ولا مكاتبه أي لا يعتق مكاتبه بهذا اللفظ لأن الملك فيه ناقص لأنه خرج من ملك المولى يدا ولهذا لا يملك المولى إكسابه ولا يحل له أن يطأ مكاتبته ويضمن جنايته عليه كجنايته على الأجنبي وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده فيكون قاصرا فلا يدخل تحت الإطلاق إلا بالنية كالمختلعة لا تدخل تحت قوله كل امرأة لي طالق بخلاف المدبر وأم الولد لأن الملك فيهما كامل فيدخلان تحت الإطلاق والرق فيهما ناقص لاستحقاقهما الحرية من وجه فلا يجزيان عن الكفارة والمكاتب عكسه فإن رقه كامل وملكه ناقص فانعكس الحكم لذلك. **قال** هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وخير في الأوليين لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين وعطف الثالثة على المطلقة منهما لأن العطف للمشاركة في الحكم وهو الطلاق فيختص بمحل الحكم وهي المطلقة فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه. **قال** وكذا العتق والإقرار حتى إذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار في الأوليين لما بينا ولو قال في الإقرار لفلان علي ألف درهم أو لفلان وفلان كان نصفها للأخير ونصفها لمن الأوليين يجعله لأيهما شاء لأن كلمة أو لأحد المذكورين على ما بينا فكأنه أقر لأحد الأوليين وللثالث بألف فيكون للثالث نصفه ولأحدهما نصفه وذكر في المغني أن النصف للأول والنصف للآخرين والصواب الأول وعليه المعنى لأن الثالث معطوف على من له الحق منهما فيكون شريكا له ولو كان معطوفا على ما

بلية كما ذكر كان المقر به للاول وحده وللآخرين لانه اوجبه لاحد المذكورين لا لهما
فينتفي الشركة اذا مات قبل البيان ولو قال والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا
فان كلم الاول وحده حنث ولا يحنث بكلام احد الاخيرين حتى يكلمهما فيجعل الثالث
في الكلام مضموما الى الثاني على التعيين وفيما تقدم جعله مضموما الى من وقع له الحكم
والفرق ان او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما منكرا الا ان في الطلاق ونحوه
الموضع موضع الاثبات فيخص فيطلق احداهما وفي الكلام الموضع موضع النفي فيعم
عموم الافراد قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار كانه قال لا اكلم
فلانا ولا فلانا فينضم الثالث الى ما يليه لانه لما كانت او لعموم الافراد صار كل
واحد منهما كلاما على حدة كان الاول انقطع وشرع في الكلام الثاني والعطف فيه
لا ينصرف الى الاول بخلاف الطلاق والعتاق وامثاله فان الايصال فيه من الكلام ثابت معطوفا
على من وجب له الحكم ولان قوله طالق لا يصلح ان يكون خبرا للمثنى وفي ضم الثالث الى الثاني
جعله للمثنى لانه يصير كانه قال هذه طالق او هاتان طالق فلا يجوز الا اذا قال طالقان
لان المفرد لا يصلح خبرا للمثنى بخلاف الكلام فان قوله لا اكلم يصلح للمثنى والاول والاكثر
وهذا اذا لم يذكر للثاني والثالث خبرا فان ذكر له خبرا بان قال هذه طالق او هذه
وهذه طالقان او قال هذا حر او هذا وهذا حران فانه لا يعتق احد ولا تطلق بل يخير
ان اختار الايجاب الاول عتق الاول وحده وطلقت الاولى وحدها وان اختار
الايجاب الثاني عتق الاخيران وطلقت الاخيرتان

باب اليمين في البيع والشراء

والصوم والصلاة وغيرها الاصل فيه ان كل فعل يرجع حقوقه الى المباشر لم يحنث
الحالف ان لا يفعل بمباشرة وكيله لوجود الفعل من الوكيل حقيقة وحكما وان كانت
حقوقه ترجع الى الآمر يحنث بفعل الوكيل كما يحنث بالمباشرة لان الوكيل فيه سفير ومعبر
ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر ويتوقف لو باشره بغير امره ولا ينفذ عليه وفي الاول
الوكيل مباشر ولهذا لا يضيفه الى الامر بل الى نفسه وينفذ عليه لو باشره بغير امره
قال ما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء والاجارة والاستيجار والصلح
عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد اي الاشياء التي يحنث الحالف بمباشرتها ولا
يحنث بالتوكيل بفعلها هي هذه الاشياء التي عددها من البيع والشراء والاجارة الى اخره
وهو القسم الاول من الاصل الذي ذكرنا وانما لا يحنث الحالف في هذه الاشياء بمباشرة

الوكيل

الوكيل لان الفعل وجد من الوكيل حقيقة وكذا حكما ولهذا رجعت الحقوق اليه حتى لو كان
الوكيل حالفا ان لا يفعل يحنث بمباشرتها فلم يوجد الفعل من الموكل لا حقيقة ولا حكما فلم يحنث
الا اذا نوى ان لا يامر به غيره فحينئذ يحنث بالتوكيل لانه شدد على نفسه فتصح نيته وفيه
بفعله ايضا لانه نوى ما له حقيقة فلا يعتبر بنيته او يكون مثله لا يباشر هذه الاشياء كالقاضي
والامير فحينئذ يحنث بالامر لان كل احد يمنع نفسه باليمين عما يعتاده وعادته
الامر به دون المباشرة فينصرف اليه لان اليمين يتقيد بالعرف وبمقصود الحالف
ولهذا يتقيد بمباشرته بنفسه لو كان ممن يباشر هذه الاشياء حتى لا يحنث بالتوكيل
لان غرضه بالحلف التوقي من الحقوق وان كان يباشر تارة ويامر اخرى تعتبر الاغلب
قال وما يحنث بهما النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والهبة والصدقة
والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع
والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل اي الاشياء التي يحنث
فيها بالمباشرة والتوكيل النكاح والطلاق الى آخر ما ذكر حتى لو حلف لا يفعل شيئا من
هذه الاشياء حنث بمباشرته وبمباشرة وكيله خلافا للشافعي رحمه الله في مباشرة الوكيل
لان الفعل وجد من المامور حقيقة ومن الامر حكما فوجد شرط الحنث من الامر من وجه
دون وجه فلا يحنث كما في القسم الاول ولنا ان غرض الحالف التوقي عن حكم العقد
وحقوقه وهذه العقود يتعلق اليه حقوقها فصار مباشرة الوكيل كمباشرته في
حق الاحكام والحقوق وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغني عن اضافتها اليه ولو
باشرها بغير اذنه لا ينفذ عليه فاذا فعلها بامره فقد وجد منه شرط الحنث فيحنث
وما كان منها حسيا كضرب الغلام والذبح ونحوهما منقول ايضا الى الامر حتى لا يجب
الضمان على الفاعل فكان منسوبا اليه فيحنث ومنفعة ضرب العبد عائدة الى المولى اذ
العبد يجري على موجب امر المولى ويسعى في مصالحه اذا ضربه فصار ضربه كضرب المولى
بخلاف ضرب الولد فان معظم منفعته يحصل للولد لانه يتادب به ويرتاض وينزجر
عن القبائح فصار كمن حلف لا يضرب رجلا حرا فامر بضربه حيث لا يحنث بضرب المامور
اياه لانه لا يملك ضربه فلا يصح امره الا ان يكون الامر ذا سلطان او قاضيا فحينئذ
يحنث لانهما يضربان الاحرار حدا وتعزيرا فيملكان الامر به فيضاف فعل المامور اليهما
ولهذا لا يجب على الضارب بامرهما الضمان في الحد والتعزير ولو قال الحالف في الطلاق
والتزوج ونحوهما من الحكميات نويت الا اتكلم به ولا اتولى بنفسي صدق ديانة لا قضاء
بخلاف ما اذا قال في ذبح الشاة وضرب العبد نويت ان لا اتولى بنفسي حيث يصدق ديانة
وقضاء والفرق بينهما ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق على المرأة والامر بذلك

مثل التكلم به واللفظ يحتملها فاذا نوى الاول فقد نوى الخصوص في العام فلا يصدق قضاء
لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر في العام العموم دون الخصوص والضرب ونحوه فعل
حسي يعرف باثره المحسوس في المحل وانما يحصل ذلك بالفعل فكان فيه حقيقة والنسبة
والنسبة الى الامر بالسبب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق
ديانة وقضاء فان الضابط ان كل فعل يرجع حقوقه الى الامر ويحتمل نقل حكم
فعله الى غيره يحنث الحالف بمباشرة المامور والا فلا ثم انما يحنث بالطلاق
والعتاق اذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين واما اذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين
فلا يحنث حتى لو قال لامرأته اذا دخلت الدار فانت طالق ثم حلف ان لا يطلق فدخلت
لم يحنث لان وقوع الطلاق عليها بكلام قبل اليمين ولو حلف ان لا يطلق ثم علق الطلاق
بالشرط ثم وجد الشرط حنث ولو وقع عليها الطلاق بمضي مدة الايلاء فان كان الايلاء
قبل اليمين لا يحنث والا حنث ولو فرق بينهما باللعان لا يحنث عند محمد رحمه الله وعن
ابي يوسف رحمه الله روايتان وعلى هذا لو حلف ان لا يعتق يشترط للحنث وقوع العتق
بعد اليمين ولو ادى المكاتب فعتق فان كانت الكتابة قبل اليمين لا يحنث وان كانت
بعده يحنث **قال** ودخول اللام على البيع والشرا والاجارة والصياغة
والخياطة والبنا كان بعت لك ثوبا لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بان كان بامره
كان ملكه او لا وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب والعين كان بعت ثوبا لك
لاختصاصها به بان كان ملكه امره او لا اي دخول اللام على الفعل كقوله ان بعت لك
ثوبا او اشتريت لك الى اخره كان لاختصاص الفعل بالشخص المحلوف عليه يعني يشترط
ان يكون الفعل وهو البيع ونحوه لاجل المحلوف عليه بان كان بامره سوا كان الثوب ملكا
للمحلوف عليه او لم يكن بعد لو باعه الحالف بامره حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه وباعه
الحالف بغير علمه لا يحنث لان حرف اللام لما دخلت على البيع وهو قوله ان بعت لك ثوبا
اي بعت لاجلك ثوبا اقتضت اختصاص البيع به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري
فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا
مملوكا له سوا كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخلت على
العين وهو الثوب لانه اقرب اليها فاقتضت اختصاص العين به وهو المراد بقوله في
اخره والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بان كان ملكه امره او لا اي دخول اللام
على العين كقوله ان بعت ثوبا لك يكون اليمين لاجل اختصاص العين بالمحلوف عليه بان
كان ملكه سوا امره او لم يامره وهذا الاختلاف الذي ذكره بين دخول اللام على
الفعل وبين دخولها على العين اذا كان الفعل مما يملك بالعقد ويجري فيه النيابة كالبيع

والشرا ونحوهما وان كان مما لا يملك بالعقد كدخول الدار وضرب الغلام والاكل والشرب
لا يختلف الحكم بينها اذا دخلت على الفعل او على العين بل يكون اليمين فيها لاجل اختصاص
العين بالمحلوف عليه حتى لو قال ان دخلت لك دارا وان دخلت دارا لك او ان ضربت
لك غلاما او غلاما لك ونحو ذلك يحنث كيف ما كان وهو المراد بقوله وعلى الدخول
والضرب والاكل والشرب اي لو دخلت اللام على الدخول والاكل والشرب الى اخره
كانت اليمين لاختصاص العين بالمحلوف عليه نصا ان كدخولها على العين ولهذا عطف
العين على هذه الاشيا وانما كان كذلك لان اللام للاختصاص واقوى وجوهه الملك
فاذا جاورت الفعل اوجبت ملكه دون العين ان كان ذلك الفعل مما يملك بالعقد
كالبيع والشرا وبنا الدار ونحوها وان كان مما لا يملك بالعقد كالاكل والشرب
ودخول الدار ونحوها لا يفيد ملك الفعل لاستحالته ويفيد ملك العين لانه محتمل
كلامه بان يعد فيه تاخيرها بخلاف الفصل الاول فان كل واحد منهما مما يملك بالعقد
فرجحنا الفعل بالقرب وان جاورت العين يوجب ملك العين مطلقا لان الاعيان كلها
ملك فلا حاجة الى التعبير وذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد دون العبد لان
ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة نصا ان نظرا الاجارة لا نظرا الاكل والشرب والغلام
يطلق على الولد قال الله تعالى فبشرناه بغلام وذكر قاضي خان ان المراد به العبد المعروف
ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزمه به فانصرف الى المحل المملوك بالتقديم والثنا
على ما بينا **قال** فان نوى غيره صدق فيما عليه اي ان نوى خلاف ما اقتضاه
ظاهر كلامه صدق فيما فيه تشديد على نفسه ديانة وقضاء وفيما فيه تخفيف يصدق
ديانة لا قضاء وذلك مثل ان ينوي بقوله ان بعت لك ثوبا يعني قوله ان بعت ثوبا لك
او بالعكس لانه نوى ما يحتمله كلامه على ما بينا من قبل فيصدق **قال** ان بعته او ابتعته
فهو حر فعقد بالخيار حنث اي لو قال المالك ان بعت هذا العبد فهو حر وقال غيره
ان اشتريته فهو حر فباعه بشرط الخيار او اشتراه بشرط الخيار عتق لوجود شرط العتق
وهو البيع او الشرا ولقيام الملك عند وجود الشرط لان البيع بشرط الخيار يمنع
خروج المبيع عن ملكه فكان ملكه قائما عند الشرط فيحنث وكذا المشتري ملكه قائم
عند وجود الشرط اما عندهما فظاهر لان خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه
واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فيصير
كانه قال بعد الشرا انت حر فيصير مختارا بذلك للامضا وله ذلك بخلاف ما اذا علق
بالملك بان قال ان ملكتك فانت حر حيث لا يعتق عنده لان الشرط وهو الملك لم يوجد
عنده لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه على قوله وعندهما يعتق لوجود الشرط

لان خيار المشتري لا يمنع الدخول في ملكه وهذا تفريع لابي حنيفة رحمه الله من شرى القريب وبين
شرى من علق عتقه بالشرى حيث لا يعتق القريب بالشرى بشرط الخيار ويعتق الآخر به على ما ذكرنا
لانه لم يوجد الاعتاق في القريب وانما يعتق اذا ملكه مع خياره بخلاف المعلق عتقه بالشرى
لان الشرط قد وجد في حقه على ما بينا وينزل معتقا في ذلك الوقت لتقدم التعليق به وفي
القريب لا ينزل لعدمه ولو باعه بعد ما حلف بيعا باتا لم يعتق لانه كما باعه تم البيع فيه
وزال عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك وينبغي ان يحل اليمين لوجود الشرط وهو البيع
حقيقة ولو كان الخيار للبائع لا يحنث المشتري لان المشتري لم يملك بهذا الشرى من شيء
فكان كان الشرى لم يوجد **قال** وكذا بالفاسد والموقوف اي وكذا الحنث بالفاسد
من البيع والشرى وبالموقوف منهما في يمينه ان لا يبيع او لا يشتري او لا يبيع ولا يشتري فاما
الفاسد منهما فان كان الحالف هو البائع ينظر فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه
مثل غصب لا يعتق عليه لانه كما تم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغي ان يحل
اليمين لما قلنا في الصحيح البات وان كان العبد في يد البائع عتق لانه لا يزول ملكه قبل التسليم
ولو كان المشتري هو الذي حلف بعتقه فاشتراه شرى فاسدا فان كان في يده مضمونا على
الوجه الذي ذكرناه يعتق لدخوله في ملكه كما تم البيع والا فلا وفي المحيط عن ابي يوسف
لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا شرى فاسدا ثم تتاركا البيع ثم اشتراه شرى
صحيحا لا يعتق لانه حنث بالشرى الفاسد لانه شرى حقيقة فانحلت اليمين وهذا دليل
على انه لو اشتراه شرى فاسدا والعبد في يد البائع تنحل اليمين لا الى جزاء لعدم الملك بل
التعين ثم بالقبض لا يعتق لانه بالشرى وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحنث بالفاسد ولا بما فيه
خيار لاحدهما اصلا لان الفاسد ناقص ذاتا لا يفيد الملك للحال ولا بعد القبض في الكل
لانه لا يفيد الحل فكان الشرط تعدم وما فيه خيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد
فصار كالايجاب بلا قبول ووجه الظاهر انه كامل ذاتا لوجود الاهلية والركن والمحل
وتخلف الحكم من الملك والحل لا يضر كالهبة وشرى الاخت من الرضاع ولا يقال التعليق بالشرط
اعدام قبله فوجب ان لا يحنث كما لا يحنث بتعليق الطلاق في يمينه ان لا يطلق لانا نقول ذاك
في الاسقاطات التي تتعلق بالشرط لا في البيع لان في البيع ذات العقد موجود واثر الشرط
في تاخير الحكم لا في العقد ولهذا لم يتم بموت من له الخيار ولو كان معلقا لبطل لما عرف في
موضعه من المطولات واما الموقوف فلانه قد وجد فيه البيع حقيقة لوجود ركنه وشرطه
ومحله وكذا حكما على سبيل التوقف فيحنث وصورة المسئلة ان يقول ان اشتريت عبدا فهو حر
فاشترى عبدا من فضولي حنث بالشرى لا بالاجازة لان الاجازة شرط الحكم دون السبب والركن وجد
قبلها ولهذا يستند الحكم عند الاجازة اليه ويثبت عنده به لا بها وعن ابي يوسف رحمه الله

لانه

ولم يدخل في ملكه

بدون ان يعتق

ليس بصحيح

انه تصير مشتريا عند الاجازة كالنكاح ونحن نقول الفرق بينهما ان المقصود من النكاح
الحل ولم ينعقد الموقوف لافادته بخلاف البيع فان المقصود منه الملك دون الحل
ولهذا لا يجامعه الحرمة فيحنث فيه من وقت العقد وفي النكاح من وقت الاجازة وفي
هذا لو حلف لا يبيع فباع ملك الغير بغير اذنه فاجازه صاحبه يحنث لوجود البيع منه حقيقة
على ما ذكرنا في الشرى ولهذا ترجع الحقوق اليه **قال** لا بالباطل اي لا يحنث
بالبيع الباطل ولا بالشرى الباطل في يمينه لا يبيع او لا يشتري لانه ليس ببيع حقيقة ولا
حكما حتى لا يفيد شيئا من احكام البيع ولو اتصل به القبض حتى لو قال ان اشتريت
اليوم شيئا فعبده حر او ان بعت عبدي فهو حر فباعه بميتة او حر لا يحنث بخلاف ما
اذا باعه بخمر لانه فاسد على ما عرف والاول باطل لان الميتة ليست بمال عند
احد ولو اشترى مدبرا او ام ولد لا يحنث لانه انعقد لهما سبب الحرية وهي تنافي
الانعقاد ولو قضى بجوازه القاضي يحنث للحال لا برضاه لو ترك في ازالة المانع من
الجواز فيقتصر على وقت القضاء فيحنث حينئذ بخلاف اجازة بيع الفضولي فانه يستند
الى وقت وجوده فيستند السبب فيه الى وقت الاجازة ولهذا لو اعتقه المشتري
قبل الاجازة ينفذ عند الاجازة وفي المدبر وام الولد لا ينفذ عند القضاء
لان المانع كان ممتدا اليه فابطل الايجاب فكان القضاء ابطالا لذلك المبطل
والمكاتب كالمدبر في ذا الدليل لكن قضاء القاضي لا يتصور فيه ويتصور فيه رضاه
ولو حلف ان يبيع هذا الحر فباعه بر لان البيع الصحيح لا يتصور فيه فانعقد على الباطل
وكذا لو عقد يمينه على الحرة او ام الولد لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله في الحرة
وام الولد ينعقد على الصحيح لانه يمكن فيهما بان ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى
قال ان لم ابع فكذا فاعتق او دبر حنث اي رجل قال ان لم ابع هذا العبد فامرأته
طالق او نحو ذلك ثم اعتقه او دبره حنث وكذا لو كانت امة فاستولدها لتحقق
العجز عن البيع بفوات محله ولا يقال لم يقع الياس لجواز ان ترتد وتلحق بدار الحرب
ثم تسبى وتسترق ان كان المحلوف عليه انثى لانا نقول الحالف عقد يمينه على البيع
باعتبار هذا الملك وذلك لا يمكن بعد هذه التصرفات وقضاء القاضي ببيع المدبر
موهوم والاحكام لا تبنى على الموهومات فيتحقق الياس عن البيع نظرا الى الاصل
قال قالت تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق طلقت المحلفة يعني اذا قالت
المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق طلقت التي حلفته وهي المخاطبة
وعن ابي يوسف رحمه الله انها لا تطلق لان كلامه خرج جوابا لكلامها فيكون مطابقا
له ولانه قصد ارضاها بطلاق غيرها فيتقيد به وهو وان زاد في الجواب لكن الزيادة

في

لست بلغو وانما يخرج الزيادة الكلام من ان يكون جوابا اذا كانت لغوا وههنا فيها
فائدة وهو تطييب قلبها وتسكين نفسها بابلغ الوجوه حتى لا تؤوله على غير التي ظنت ولنا
ان العمل بالعموم واجب ما امكن وقد امكن ههنا فيعمل به وهذا لانه جوابا به كان لم يقول
ان تزوجت فهي طالق وكان بالزيادة مبتديا وجاز ان يكون غرضه ايحاشها والحاق
الغيظ بها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها
يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام وهو خلاف الظاهر ولو قالت له تريد ان
تتزوج علي فقال كل امراة اتزوجها فهي طالق دخلت المخاطبة حتى لو ابانها ثم تزوجها
طلقت خلافا لابي يوسف رحمه الله والمعنى ما بينا قال على المشي الى بيت الله او
الى الكعبة حج او اعتمر ماشيا فان ركب اراق دما اي رجل قال علي المشي الى بيت الله
او الى الكعبة لزمه حج او عمرة ماشيا وان شاء ركب واراق دما والقياس ان لا يلزمه
شيء لانه التزم المشي وهو ليس بقربة مقصودة بل هو وسيلة اليها كالوضوء والسعي والنذر
بما ليس بقربة مقصودة لا يجوز ولا يجب وانما يجوز بقربة مقصودة ولها نظير من الواجبات
في الشرع لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فان لم يوجبه الشرع لا يوجبه
العبد وجه الاستحسان ان هذه العبادة صارت كناية عن ايجاب الاحرام عرفا وشرعا
اذ الناس تعارفوا التزام الاحرام بهذه العبارة وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
اخت عقبة حين نذرت ان تمشي الى بيت الله تعالى ان تحرم بحج او عمرة ولا فرق بين ان يكون
النادر في الكعبة او خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام والالتزام
لا يختلف باختلاف الاماكن وكذا اذا قال علي المشي الى مكة يلزم الاحرام باحدهما
للعرف فاذا التزمه فله الخيار ان شاء مشى وهو اكمل وفيه ايفاء بما التزمه كما التزمه
وقال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم
قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة ولان هذا اللفظ وان كان عبارة
عن الالتزام لكن فيه نص على المشي وفي المشي فضيلة فتراعى تلك الصفة لفضيلتها بخلاف
ما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فانه عبارة عن التزام التصدق به بمكة ولا
يلزمه ان يضرب به الحطيم لعدم القربة بالضرب وان شاء ركب وذبح شاة لقوله صلى
الله عليه وسلم مرها فلتركب ولتذبح دما وكانت نذرت ان تحج ماشية وذكر في النهاية
معزيا الى المبسوط ان من حلف بالمشي الى بيت الله تعالى وهو ينوي مسجدا من المساجد الحرام
لم يلزمه شيء لان المنوي من محتملات لفظه اذ المساجد كلها بيوت الله تعالى على معنى انها
محررة عن حقوق العباد فكانت منذورة لاقامة طاعته قال بخلاف الخروج او الذهاب
الى بيت الله او المشي الى الحرم او الصفا والمروة اي بخلاف ما اذا قال علي الخروج او

او الذهاب الى بيت الله تعالى او على المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة حيث لا يلزمه
شيء بهذه العبارة وكذا اذا قال علي المشي الى المسجد الحرام لا يلزمه شيء لان التزام الحج
او العمرة بهذه العبارات غير متعارف واللزوم للعرف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة
اللفظ فامتنع اصلا وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا في قوله علي المشي
الى الحرم او الى المسجد الحرام عليه حجة او عمرة لان الحرم والمسجد الحرام شامل
للبيت فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وجوابه ما
ما ذكرنا ان المعتبر فيه العرف وليس فيه عرف ولا مدخل للقياس فيه ولهذا لا يلزمه
بلفظه الذهاب والخروج وان قال الى بيت الله قال عبده حر ان لم احج العام
فشهد بنحره بالكوفة لم يعتق اي لو قال لعبده ان لم احج هذه السنة فانت حر
ثم قال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم تقبل الشهادة ولا يعتق
وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه قامت على امر معلوم وهي التضحية ومن ضرورته
انتفاء الحج فيتحقق الشرط وهو عدم الحج ولهما ان هذه شهادة قامت على النفي فلا تقبل
كما لو شهدوا انه لم يحج وهذا لان الشهادة بالتضحية باطلة اذ لا مطالب لها وهي
لا تدخل تحت الحكم ايضا فبقي النفي مقصودا والشهادة على النفي مقصودا باطلة فان قيل
الشهادة بالنفي انما لا تقبل اذا لم يحط بها علم الشاهد واما اذا احاط بها تقبل وههنا
احاط بها علم الشاهد لان من ضرورة ثبوت التضحية انتفاء الحج فصار نظير شهادتهما
على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول وصلت به قول
النصارى قبلت هذه الشهادة لاحاطة علم الشاهد به فكذا ههنا بخلاف شهادتهما
انه لم يحج لانا لا ندري هل شهدا عن علم او بناء على ظاهر العدم قلنا البينات شرعت
للاثبات دون النفي مطردا ولا فرق بين نفي ونفي تيسيرا للامر ودفعا للحرج بخلاف
المستشهد به فان تلك شهادة على امر محسوس وهو السكوت فان قيل الشهادة على النفي
في الشروط مقبولة كما اذا قال لعبده ان لم تدخل اليوم الدار فانت حر فاقام
بينة انه لم يدخل تقبل ذكره في المبسوط قلنا هو الاخرج معنى وهو كونه خارج الدار
قال ومن حلف لا يصوم فصام ساعة بنية اي لو حلف لا يصوم فنوى الصوم
وامسك ساعة ثم افطر حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات
على قصد التقرب وقد وجد لان الشارع في الفعل يسمى فاعلا ولهذا لو افطر بعد ذلك
لا يرتفع الحنث المتقرر ولان الامساك المستمر تكرار الفعل المحلوف عليه ليس شرط الحنث
قال وفي صوما او يوما بيوم اي يحنث في يمينه لا يصوم صوما او يوما بصوم يوم
لانه ذكر الصوم مطلقا فيذكر المصدر فينصرف الى الكامل وهو المعتبر المقيد لحكمه شرعا

وفي قوله يوما تصريح في تقديره باليوم فلا يحنث فيهما الا بصوم يوم كامل **قال** وفي لا يصلي ركعة اي في يمينه لا يصلي يحنث بركعة وهو ما اذا قيدها بسجدة ولا يحنث بما لم يقيدها بها والقياس ان يحنث بالشروع اعتبارا بالصوم ووجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن اركان مختلفة فما لم يات بجميعها لا تسمى صلاة الا ترى انه لا يقال صلى ركوعا ولا صلى سجودا وانما يقال صلى ركعة وهي تشمل الاركان كلها وبعدها تكرار بخلاف الصوم لان الامساك ركن واحد ويتكرر في ذلك بعده ثم ان محمدا رحمه الله لم يذكر انه متى يحنث واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحنث بنفس السجدة وقال بعضهم يحنث برفع الراس منها **قال** وفي صلاة تشفع اي لا يحنث الا بشفع في يمينه لا يصلي صلوة لان الصلاة المطلقة تنصرف الى الكاملة وهي الركعتان لنهيه صلى الله عليه وسلم عن البتيرا **قال** ان لبست من غزلك فهو هدي فملك قطنا فغزلته فلبس فهو هدي اي لو قال ذلك لامراته كان الحكم كما ذكره وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس عليه ان يهدي الا اذا غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف لان النذر لا يصح الا في الملك او مضافا اليه او الى سببه لقوله صلى الله عليه وسلم لا نذر فيما لا يملك ابن ادم ولم يوجد واحد منهما اذ غزل المراة واللبس ليسا من اسباب الملك فصار نظير ما لو قال ان لبست امه فهي حرة على ما مر ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الغزل سبب للملك ولهذا يملك به الغاصب وغزل المراة من قطن الزوج سبب لملك الزوج عادة ولهذا لو اشترى قطنا وغزلته ونسجته بغير اذنه كان ملكا له بحكم العرف لانها لا تغزل له عادة الا له والمعتاد كالمشروط ولولا ذلك لكان ملكا لها كما لو غزله الاجنبي فاذا كان سببا للملك يكون ذكره ذكرا للملك كساير اسباب الملك ولهذا لو غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف ونسجته ولبسه يحنث بخلاف مسئلة التسري فان التسري ليس بسبب للملك على ما بيناه في موضعه فلم يكن ذكره ذكرا للملك **قال** لبس خاتم ذهب او عقد لولو لبس حلي اما الذهب فلانه لا يستعمل الا للتزين فكان لبسه لبس الحلي ولهذا حرم استعماله على الرجال فكان كاملا في معنى التحلي فيدخل تحت مطلق اسم الحلي حتى لو حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم ذهب يحنث لما ذكرنا واما عقد اللولو فالمذكور هنا على اطلاقه قولهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلبس حلي اذا كان مرصعا حتى لا يحنث في يمينه لا يلبس حليا فلبس غير المرصع منه وعندهما يحنث لان اللولو الخالص يدخل تحت اسم الحلي قال الله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانما تستخرج من البحر اللولو الخالص وقال الله تعالى يحلون فيها من اساور من ذهب ولولو ولابي حنيفة رحمه الله ان العادة لم تجر بالتحلي به الا مرصعا بذهب او فضة والعادة هي المعتبرة في الايمان بمو قلنا على قياس انه لا باس للرجال بلبس اللولو الخالص

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فكل افتى بما عاين في زمانه وقال في الكافي قولهما اقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد وعلى هذا الخلاف اذا لبس عقد زمردا او زبرجد غير مرصع **قال** لا خاتم فضة اي لا يكون لبس خاتم فضة لبس حلي حتى لو حلف لا يلبس حليا لا يحنث بلبسه لانه ليس بحلي كامل لان الحلي يستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا احل للرجال ولو كان تحليا من كل وجه لما حل واذا لم يكن حليا كاملا لا يدخل تحت مطلق الاسم عرفا ولا شرعا وذكر في النهاية معزيا الى الفوايد الظهيرية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النسا بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح **قال** لا جلس على الارض اي حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير او لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراش اخر فنام عليه او لا يجلس على سرير فجعل فوقه سرير اخر لا يحنث لان الجالس على الحصير او البساط لا يعد جالسا على الارض عادة فانقطعت النسبة الى الارض فلا يحنث بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض ثوبه وهو لابسه حيث يحنث لانه تبع له فلا يعتبر حايلا الا اذا نزعه وفرشه على الارض وجلس عليه فانه حينئذ يكون كالفراش وكذا النوم على فراش فوق فراش او الجلوس على سرير فوق سرير لا يعد جالسا ولا نايما على الفراش الاسفل او على السرير الاسفل وذكر في الكافي معزيا الى المختلف ان عند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الفراش فوق الفراش لانه نايم عليهما يقال نام على فراشين فصار كمن حلف لا يكلم فلانا فسلم على جمع هو فيهم وقوله لا يجلس على سرير ليس بظاهر لانه لو كان السرير المحلوف عليه نكرة كما ذكره يحنث بالجلوس على السرير الاعلى لان اللفظ المنكر يتناوله وانما لا يحنث اذا كان السرير المحلوف عليه معينا بان حلف لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سرير اخر فجلس عليه لانه غيره **قال** ولو جعل على الفراش قراما او على السرير بساطا او حصيرا حنث لانه يعد جالسا ونايما على الفراش والسرير عادة وعلى هذا لو حلف لا ينام على هذا السطح او الدكان او لا يجلس فبسط عليه فراشا او حصيرا فنام عليه او جلس حنث لانه يعد نايما وجالسا عليهما والنوم والجلوس عليهما هكذا يكون عادة الا ترى انه لو حلف لا يركب هذا الفرس فوضع عليه سرجا فركبه حنث بخلاف الفراش على الفراش او السرير على السرير لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تبعا له وكذا ما اذا حلف ان لا يجلس على الارض حيث لا يحنث بالجلوس على الفراش والفارق العرف

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

والاصل فيه ان ما شرك الميت فيه الحي تقع اليمين فيه على حالة الحياة والموت وما
اختص بحالة الحياة تتقيد بها قال ضربتك وكسوتك وكلمتك ودخلت عليك
تقيد بالحياة اي لو قال ان ضربتك او كسوتك او كلمتك او دخلت عليك فعبدي
حر تقيد بحياة المخاطب حتى لو فعل هذه الاشيا بعد موت المخاطب لم يحنث لان
هذه الاشيا لا تحقق في الميت وهذا لان الضرب اسم لفعل مولم متصل بالبدن
وبعد الموت لا يتصور ذلك ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة في الصحيح وان اختلفوا
في كيفية تلك الحياة ولا يرد علينا ان ايوب عليه السلام امر ان يضرب امراته
بالضغث وهو غير مولم لانه حزمة صغيرة من حشيش او ريحان لانه يجاز ان يكون
مخصصا به اكراما له وتخفيفا عليها وقيل الضغث قبضة من اغصان الشجر فعلى
هذا الاشكال فيه والكسوة يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في
الكفارة وهو لا يتحقق في الميت ولهذا لو تبرع بكفنه احد ثم اخرجه السيل
او السباع يكون للمتبرع لا لورثته لما قلنا بخلاف اللبس لانه عبارة عن الستر وهو
يتحقق في الميت حتى لو حلف لا يلبسه فالبسه بعد الموت يحنث لما قلنا الا ان ينوي
بالكسوة الستر فانه حينئذ يحنث والكلام يراد به الافهام وهو لا يتحقق في
الميت ولا يقال انه صلى الله عليه وسلم قال لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ما وعد
ربكم حقا فلولا انه فيه متحقق لما قال لهم ذلك لانا نقول ردت عائشة رضي الله
عنها هذا الحديث وقالت قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما انت بمسمع من في القبور
فلم يثبت وان ثبت فهو مختص بالنبي صلى الله عليه وسلم ويجوز ان يكون ذلك لوعظ الاحيا
ونظيره ما روي عن علي رضي الله عنه كان اذا اتى المقابر قال عليكم السلام ديار
قوم مومنين اما نساكم فقد نكحت واما اموالكم فقد قسمت ودوركم قد سكنت
فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق انهارك وغرس
اشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك حوارا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل
الوعظ للاحيا لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات والغرض من الدخول اكرامه
بتعظيمه او اهانته بتحقيره او زيارته ولهذا لو لم يقصده بان دخل على غيره او لحاجة
اخرى او دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لا يكون
دخولا عليه الا اذا اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق الكل بعد الموت لانه لا
يزار هو وانما يزار قبره قال صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور
فزوروها قال بخلاف الغسل والحمل والمس اي بخلاف ما اذا حلف لا يغسل فلانا
او لا يحمله او لا يمسه حيث يحنث اذا فعل به ذلك بعد موته لان هذه الاشيا تتحقق في الميت

بالدخول

كما تحقق في الحي

كما يتحقق في الحي وهذا لان الغسل هو الاسالة والمقصود منه التطهير والميت
يطهر بالغسل الا ترى انه لو حمله رجل وصلى لا يجوز قبل الغسل وبعده يجوز وكذا
لو صلى عليه قبل الغسل لا يجوز فلا ينافيه الموت وكيف ينافيه وغسله واجب على الاحيا
والحمل يتحقق بعد الموت قال صلى الله عليه وسلم من حمل ميتا فليتوضا والمس للتعظيم
او الشفقة فيتحقق بعد الموت قال لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها
او عضها حنث اي حلف لا يضربها ففعل بها هذه الاشيا حنث لان الضرب اسم لفعل
مولم وقد تحقق وقيل هذا اذا كانت هذه الاشيا في حالة الغضب وان كانت في الملاعبة
لا يحنث لانه يسمى بها ممازحة لا ضربا عادة وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لا يحنث
بهذه الاشيا قال ان لم اقتل فلانا فكذا وهو ميت ان علم به حنث اي اذا
قال شخص ان لم اقتل فلانا فامراتي طالق وفلان ميت فان كان الحالف عالما بموته
حين حلف حنث للحال لان يمينه تنعقد لتصور البر فيه لان الله تعالى قادر على اعادة
الحياة فيه اذ الروح لا يموت فيمكن قتله ثم يحنث للحال للعجز عادة كمسالة صعود
السما قال والا لا اي ان لم يعلم بموته وقت الحلف لا يحنث لانه عقد يمينه
على حياة كانت فيه وذلك لا يتصور فيصير نظير مسالة الكوز اذا لم يكن فيه ما وهذا
قولهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث لان التصور ليس بشرط عنده لانعقاد اليمين
كما بينا في مسالة الكوز الا انه لا فرق فيها بين العلم وعدمه في الصحيح خلافا لما
يقوله مشايخ العراق لانه عقد يمينه على شرب ما مفقود في الكوز وان الله تعالى وان
احدث فيه ما فليس هو ذلك الما الذي كان فيه وقت الحلف بخلاف مسالة القتل
اذا كان يعلم موت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى
فهو فلان فكان بما عقد عليه متوهما ونظير مسالة الكوز ان يقول والله لاقتلن هذا
الميت فان يمينه لا تنعقد لما انه عقدها على تفويت حياة ليست موجودة زمان الحلف
ولو احدث الله فيه حياة لا يكون هي حياة حلف على تفويتها لان هذه موجودة وتلك
معدومة قال ما دون الشهر قريب وهو وما فوقه بعيد لان ما دون الشهر
يعد قريبا عادة والشهر وما فوقه يعد بعيدا عادة حتى لو حلف ليقضين دينه الى
قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو الشهر وما فوقه قال ليقضين
دينه اليوم فقضاه نبهرجة او زيوفا او مستحقة بر اي لو حلف ليقضين دين فلان
اليوم فقضاه فوجدها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لان الزيوف
دراهم حقيقة غير ان فيها عيبا والعيب لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز به صار
مستوفيا وكذا لو تجوز به في راس السلم وبدل الصرف يجوز ولولا انه حقه لما جاز لانه

يصير استبدالا به وهو لا يجوز فيهما فاذا كان المقبوض حقه بر في يمينه ولا ينتقض
البر المتحقق بانتقاض قضا الدين لان شرط البر لا يحتمل الانتقاض ونقض المستحق
صحيح حتى لو اجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق جاز وقد وجد فيه شرط البر
فيبر فان قيل ما الفرق بين القضا والبر حيث قلتم بنتقض قضا الدين بالرد او بالاستحقاق
ولا ينتقض البر قلنا لو لم ينتقض القبض لتضرر صاحب الدين ببطلان حقه لانه لا يمكنه استيفا
الجودة وحدها ولا استيفا الجيد مع بقا الاستيفا الاول فتعين النقض ولم لتمكن
من اخذ حقه ولا حاجة الى نقضه في حق البر **قال** ولو رصاصا او ستوقة لا اي لو
وجده رصاصا او ستوقة لا ير في يمينه لانهما ليسا من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بهما
لم يجز الا برضا الآخر بطريق الاستبدال ولو تجوز بهما في الصرف والسلم لا يجوز لحرمة
الاستبدال وهذا لان الستوقة هي التي غلب عليها النحاس فصار حكمها حكم النحاس والزيوف
هو الذي من الدراهم يرده بيت المال والنبهرجة اردى منه يرده التجار ايضا وان كان
اكثره فضة والاقل ستوقا لا يحنث وبالعكس يحنث لان العبرة للغالب **قال**
والبيع به قضا اي البيع بالدين قضا للدين حتى يبر في يمينه ليقضين دينه لان قضا الدين طريقه
المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وهذا لان الديون تقضى بامثالها اذ نفس الدين لا يمكن
قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين فكان عينا مضمونا على القابض فيلتقيا قصاصا
لعدم الفائدة بقبضها فكان اخرهما قضا للاول حتى يحنث الاخير في يمينه لا يقضي دينه دون
الاول وهذا المعنى قد تحقق بمجرد البيع هنا فيقع المقاصة به فيبر في يمينه واشتراط قبض
المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا لا انه شرط للبر ولا يقال شرط القبض ليتقرر الثمن
لانه بعرضية السقوط بهلاك المبيع قبل القبض لانا نقول البر المتحقق لا يرتفع ببطلان الثمن
وانتقاض المقاصة وعود الدين على ما بينا فيما تقدم ولو كان البيع فاسدا اشترط قبض
المبيع لوقوع المقاصة لانه في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فاذا قبضه وكان قيمته مثل
الدين وقعت المقاصة ويبر في يمينه وكذا لو تزوج الطالب امة المطلوب على ذلك المال
فدخل عليها او وجب عليه دين للمطلوب بالجناية او بالاستهلاك لا يحنث ولو كان الحالف
هو الطالب فالحكم كذلك في جميع ما ذكرنا **قال** لا الهبة اي هبة الدين ممن عليه
الدين لا يكون قضا للدين لان القضا فعل المطلوب والهبة اسقاط الدين من الطالب فلا يتحقق
المقاصة فيبطل اليمين اذا كانت موقتة فابراه قبل الوقت لان القضا لا يتصور بعد الابرا فصار
نظير من حلف ليشربن الما الذي في هذا الكوز اليوم وفيه ما فاريق قبل الليل على ما بينا من
قبل سبعة وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله بنا على ان تصور البر وقت وجوبه شرط عندهما
لانعقاد اليمين وعنده ليس بشرط ويخرج على هذا الاصل مسايل منها ما اذا حلف ليقضين

اذا

دينه غدا فقضاه اليوم او حلف ليقتلن فلانا غدا فمات اليوم او حلف لياكلن هذا الرغيف
غدا فاكله اليوم ومنها ما اذا قال ان رايت فلانا ولم اعلمك به فعبده حر فراه معه فلم يقل
شيا لم يعتق العبد عندهما ولم يحنث في الكل وعند ابي يوسف رحمه الله يعتق ويحنث في الجميع
ومن جملة فروعها ما اذا قال رجل لامرأته ان لم تهبيني اليوم صداقك فانت طالق وقال
ابوها ان وهبت له صداقك فامك طالق فالحيلة في هذا حتى لا يحنث ان يصالح اباها بثوب
فاذا مضى اليوم لم يحنث واحد منهما اما الاب فلانها ما وهبت الصداق للزوج واما الزوج فلانها
عجزت عن الهبة في اخر النهار لان الصداق سقط عن الزوج بالصلح ذكره في النهاية في اخر باب
اليمين في الاكل والشرب **قال** لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لا يحنث
حتى يقبض كله متفرقا لان شرط حنثه قبض الكل بوصف التفرق ولانه اضاف القبض الى دين
معرف بالاضافة اليه فيتناول كله فما دام عند المديون شي منه لم يحنث لعدم قبض
الكل وهو الشرط ولو كانت مقيدة باليوم بان قال لا اقبض دينه درهما دون درهم اليوم
فقبض البعض في اليوم متفرقا او لم يقبض منه شيا لم يحنث لان شرط الحنث اخذ الكل في اليوم
متفرقا ولم يوجد ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا اذا قال ان اخذت
منه درهما دون درهم حنث والفرق بينه وبين الاول ان شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين
متفرقا وفي الاول قبض الكل بصفة التفرق ولو قبض الكل جملة ثم وجد بعضها ستوقة فرد
لم يحنث بالرد ما لم يستبدل لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل فاذا
قبضه وجد قبض الكل متفرقا بخلاف ما اذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه بر
حين وجد قبض الكل وبالرد لم ينتقض القبض في حقه على ما مر **قال** لا بتفريق ضروري
اي لا يحنث اذا قبضه متفرقا بتفريق ضروري وهو ان يقبضه في وزنين او اكثر ولم يتشاغل بين
الوزنات بعمل غير الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى
عنها ولان هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هي المعتبرة وفيه خلاف
زفر رحمه الله وهو نظير الاختلاف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب او لا يركب هذه الدابة
فنزعه للحال او نزل للحال وقد بينا الوجه فيه من قبل **قال** ان كان لي الا مائة
او غيرها وسوى فكذا لم يحنث بملكها او بعضها اي لو قال ان كان لي الا مائة درهم او دد
لان غرضه نفي ما زاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة على المائة ولانه لما استثنى
المائة صار المستثنى بجميع اجزائه خارجا عن اليمين وقال في الجامع عبده حر ان كنت املك
الا خمسين درهما فلم يملك الا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على خمسين
ان كان من جنس مال الزكاة حنث والا فلا الا ترى انه لو حلف انه ليس له مال لا يحنث
بملك ما ليس للتجارة ولو قال لا مال لي صدقة تنصرف الى مال الزكاة **قال** لا يفعل كذا

اي اذا كان له الا مائة درهم ... ان لم يكن له الا مائة درهم او غيرها

دينه

تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فيتناول فردا شائعا في جنسه فيعم الجنس كله ضرورة
شيوعه والا لما كان شائعا في الجنس بل في البعض المتعين قال ليفعلنه بر بمرة اي لو
حلف ليفعلن كذا بر في يمينه بفعله مرة واحدة لانه يتناول فعلا واحدا وهو نكرة في
موضع الاثبات فيختص ويحنث اذا لم يفعله في عمره في اخر جزء من اجزاء حياته او بفوت محل الفعل
هذا اذا كانت مطلقة غير موقتة وان كانت موقتة بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي
الوقت ان كان الامكان باقيا في اخر الوقت ولا يحنث ان لم يبق بان وقع الياس بموته
او بفوت المحل لانه في الموقتة لا يجب عليه الفعل الا في اخر الوقت فاذا مات الفاعل او فات
المحل استحال البر في اخر الوقت فتبطل اليمين على ما ذكرنا في مسئلة الكوز وينبغي فيه قول
ابي يوسف رحمه الله في فوت المحل قال ولو حلفه وال ليعلمنه بكل داعر دخل
البلد يتقيد بقيام ولايته لان المقصود منه دفع شره وشر غيره بالضرب والحبس او القتل
فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته لعدم قدرته على ذلك والزوال بالموت وكذا بالعزل
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب عليه الرفع اليه بعد العزل لانه يفيد
لاحتمال ان يولى بعده فيعود بدا وينبغي ان تكون ديانة عندا ولي الامر وقوله ليعلمنه بكل داعر
ليس كظاهره لانه لا يمكنه ان يعلمه كل داعر في الدنيا وانما مراده كل داعر يعرفه او في
بلده او دخل البلد ثم ان الحالف لو علم الداعر ولم يعلمه لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف
او عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة بمجرد الترك بل بالياس عن الفعل وذلك بما ذكرنا
الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان والا فلا لما بينا من المعنى وعلى هذا
لو حلف رب الدين غريمه او الكفيل بامر المكفول عنه لا يخرج من البلد الا باذنه يتقيد
بالخروج حال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وولاية المنع حال قيامه
وعلى هذا لو حلف لا تخرج امراته الا باذنه يتقيد بحال قيام الزوجية بخلاف ما اذا قال
ان خرجت امراته من هذه الدار فعبده حر ولم يتقيد بالاذن او حلف لا يقبلها فخرجت
بعد ما ابانها او قبلها بعد ما ابانها حيث يحنث لانه لم يوجد فيه دلالة التقييد بحال
قيام الزوجية قال بر بالهبة بلا قبول بخلاف البيع اي لو حلف ان يهب عبده مثلا يبر
بقوله لرجل وهبته لك وان لم يقبل الموهوب له بخلاف البيع فانه لو حلف ان يبيع فباع ولم
ولم يقبل المشتري لا يحنث به ولا يبر في يمينه لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم بالواهب
والقبول شرط ثبوت الحكم وهو الملك وشرط الحنث الهبة لا حكمها ولهذا وهب ولم يقبل
وان غرضه حمل نفسه على السماحة والجود وهي تمليك من جانب واحد وكل ذلك يحصل
بنفس الهبة بخلاف البيع لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما وقال زفر لا يحنث ما لم يقبل
وهو رواية عنه ما لم يقبل وبعض لان الهبة تمليك والتمليك لا يتم بلا تملك وهو القبول ولان

المطلق

المطلق ينصرف الى الكامل وكمالها بالقبول او بالقبول والقبض وجوابه ما قلنا واختلفوا
في ثبوت الملك بها فقال بعضهم يثبت قبل القبول الا انه يرتد بالرد دفعا للضرر
المنة وقال بعضهم لا يثبت لانه لو ثبت لما امكنه دفعه في بعض الصور بان كان
الموهوب عبدا ذا رحم محرم من الموهوب له لانه يعتق عليه كما ملكه ولانه لا
ولاية له على غيره حتى يدخله في ملكه ونظير الهبة الصدقة والعارية والوصية والاقرار
وفي القرض والابراء عن ابي حنيفة رحمه الله ونظير البيع الاجارة والصرف والسلم والرهن
والنكاح والخلع ويحنث بالفاسد من البيع والهبة قال لا يشم ريحانا لا يحنث
بشم ورد وياسمين اي لو حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لان الريحان
اسم لنبات لا ساق له وله رائحة مستلذة عرفا ولهما ساق وليس لهما رائحة مستلذة
وانما الرائحة الطيبة لزهرهما لا لهما فاشبه التفاح والسفرجل الا ترى الى قوله
تعالى والحب ذو العصف والريحان بعد ما ذكر الشجر بقوله والنجم والشجر يسجدان
والشجر اسم لما يقوم على ساق من النبات فدل على انه غيره وقال في الكافي الريحان اسم
لما له رائحة طيبة ولا ساق له عرفا ولغة وذكر في المبسوط انه يحنث بشم الاس
وما اشبهه من الرياحين قال البنفسج والورد على الورق اي اسم البنفسج والورد
يقع على الورق حتى لو حلف لا يشتري بنفسجا او وردا فاشترى ورقهما حنث ولو اشترى
دهنهما لا يحنث لانهما يقعان على الورق دون الدهن في عرفنا هكذا ذكر في الكافي
وفي المبسوط لو اشترى ورق البنفسج لا يحنث ولو اشترى دهنه يحنث لان اسم البنفسج
اذا اطلق يراد به الدهن ويسمى بايعه بايع البنفسج فيصير هو مشتريا البنفسج
ايضا وهو رواية الجامع الصغير وذكر الكرخي في مختصره انه لو اشترى الورق يحنث
ايضا وهذا شيء مبني على العرف وفي عرف اهل الكوفة بايع الورق لا يسمى بايع البنفسج وانما
يسمى به بايع الدهن فبنى الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد
انهم يسمون بايع الورق بايع البنفسج ايضا فقال يحنث به وقال هكذا في ديارنا اعني في
المبسوط ولا يقال في احدهما حقيقة وفي الاخر مجاز بل فيهما حقيقة او يحنث فيهما باعتبار
عموم المجاز والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا
وكذا الحنا يتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وقال في الكافي الحنا في عرفنا يقع على
المدقوق قال حلف لا يتزوج فزوجه فضولي واجاز بالقول حنث لان الاجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة كانه وكله في الابتداء ولهذا اثبت للفضولي حكم الوكيل وللمجيز حكم
الموكل قال وبالفعل لا اي لو اجاز بالفعل لا يحنث وقيل يحنث لان الاجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة وعن محمد رحمه الله انه لا يحنث بهما لان الاجازة ليست بانشاء العقد

حقيقة وانما ينفذ بالرضا حكم العقد وبه كان يفتي بعض المشايخ والمختار الاول لان المحلوف
عليه هو التزوج وهو عبارة عن العقد والعقد يختص بالقول ولا يكون بالفعل وانما ينفذ
عليه بعض الافعال كالوطي وايفاء المهر ونحو ذلك لدلالته على الرضا بالعقد لا لانه
عقد ولان القول يجانس العقد فامكن الحاقه به بخلاف الفعل وبخلاف ما اذا زوجه
ثم حلف حيث لا يحنث بالاجازة لانها تستند الى وقت العقد وفيه لا يحنث بمباشرته
فبالاجازة اولى ولو حلف لا يزوج عبده او امته يحنث بالتوكيل وبالاجازة لان
ذلك مضاف اليه متوقف على اذنه لملكه وولايته وكذا الحكم في ابنه وبنته الصغير
لولايته عليهما ولو كانا كبيرين لا يحنث الا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما بل هو كالاجنبي
عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل وهو مباشرة العقد ولو كان الحالف هو العبد او الابن
فزوجه مولاه وهو كاره او ابوه وهو مجنون يحنث لا يحنث باجازته بخلاف المكره لوجود
الفعل منه حقيقة دونهما **قال** وداره بالملك والاجارة اي لو حلف لا يدخل
دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك والاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يحنث
الا بالملك لان الحقيقة وهي الملك مرادة فلا يبقى المجاز مرادا لاستحالة اجتماعهما
مرادين بلفظ واحد ولنا ان المراد به المسكن عرفا فيدخل ما يسكنه باي سبب
كان باجارة او اعارة او ملك باعتبار عموم المجاز ومعناه ان يكون محل الحقيقة
فردا من افراد المجاز لا باعتبار الحقيقة والمجاز **قال** حلف بانه لا مال له
وله دين على مفلس او ملي لا يحنث لان الدين ليس بمال وانما هو وصف في الذمة لا يتصور
قبضه حقيقة ولهذا قيل الديون تقضى بامثالها على معنى ان المقبوض مضمون على القابض
لانه قبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدين مثله فالتقى الدينان قصاصا
تصار عن حقيقة وشرعا اما الحقيقة فظاهر واما الشرع فلانه لا حاجة الى اسقاط
اعتباره لان التصرف في الدين قبل القبض جائز

كتاب الحدود

الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس من الدخول وسمي اللفظ
الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشي ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة
حدودا لانها موانع من ارتكاب اسبابها معاودة وحدود الله محارمه لانها ممنوع
عنها ومنه تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله ايضا احكامه لانها تمنع من التخطي
الى ما وراءها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها وفي الشرع اسم لعقوبة مقدرة تجب
حقا لله تعالى فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد وحكمه

الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان
حقا لله تعالى لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من الذنب ليست بحكم
اصلي لاقامة الحد لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد الا ترى الى قوله تعالى في حد
قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا
وعد المغفرة للتائب ولهذا تقام الحد على الكافر ولا طهرة له **قال** الحد
عقوبة مقدرة لله تعالى وهذا في الشرع وقد بيناه **قال** والزنا وطي في قبل
خال عن ملك وشبهته يعني به الزنا الموجب للحد ويشترط ان يكون الموطوءة مشتهاة
والواطي مكلفا طائعا ولو قال الزنا وطي مكلف في قبل المشتهاة عار عن ملكه وشبهته
عن طوع كان اتم ليخرج بذلك وطي غير المكلف كالمجنون والصبي ووطي غير
المشتهاة كالصغيرة التي لم تبلغ حد الشهوة والميتة والبهيمة لان كل ذلك لا يوجب
الحد وانما كان كذلك لان الزنا اسم لفعل محظور والحرمة على الاطلاق عند
التعري عن الملك وشبهته المطلق ولهذا وجب درؤه بها شرعا والحد شرع لتقليل
الفساد فيما يكثر وجوده ووطي هذه الاشياء نادر لان من له الطباع السليمة والعقول
المستقيمة ينفر عنه وانما يفعل ذلك بعض السفهاء لغلبة الشبق وذلك نادر فلا
يستدعي زاجرا وهذا لان الاصل في الجزاء ان يكون في الاخرة لا في الدنيا لانها دار
ابتلاء والاخرة دار جزاء لكن السفهاء لما لم ينتهوا بمجرد النهي والوعيد في الاخرة
من الشارع شرع في الدنيا بعض العقوبة لدفع فسادهم عن العالم فيما يكثر وجوده
والله اعلم **قال** ويثبت بشهادة اربعة بالزنا لا بالوطي والجماع اي يثبت الزنا
عند الحاكم ظاهرا بشهادة اربعة يشهدون عليه بالزنا اي بلفظ الزنا لا بلفظ الوطي
والجماع لان الوصول الى العلم القطعي متعسر فاكتفي بالدليل الظاهر وهو البينة او
الاقرار لرجحان جنبة الصدق لا سيما الاقرار فيما يتعلق به ضرر على المقر واشتراط
الاربعة لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه
الصلاة والسلام للذي قذف امراته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان
الله تعالى يحب الستر على عباده وذم من احب الاشاعة الفاحشة وفي اشتراط الاربع
تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربعة على هذه الفاحشة نادر واشتراط لفظ الزنا
لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطي والجماع قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه
كان فاحشة الاية واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة به عندنا حتى لو شهدوا
متفرقين لا تقبل شهادتهم عندنا ويحدون حد القذف وقال الشافعي رحمه الله تقبل

كسائر الحقوق اذ لا تفصيل في النصوص الواردة فيه فيعمل باطلاقها ولنا قول عمر رضي الله
عنه لو جاؤا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد قبل قول غيره وقع
قذفا وكذا الثاني والثالث فلا يتعلق شهادة الا للضرورة وهو ما اذا جاؤا واجلة
شهد واحد بعد واحد فيقبل شهادتهم لتعذر ادايها جملة وان كان احدهم الزوج
تقبل شهادته وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لان فيه تهمة ولنا انه يتضرر به لانه
تقرر زنا امرأته فكان ابعد من التهمة كشهادة الوالد على ولده **قال** فسألهم
الامام عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه وزمانه والمزني بها اي سألهم عن نفس
الزنا وحاله وموضعه ووقته والمرأة التي زنا بها لانه صلى الله عليه وسلم استفسر
ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون ولان كلا منهم محتمل والاحتياط فيه واجب فيجب
عليه الاستفسار لزوال الاحتمال فيسألهم عن ماهيته اي ذاته وهو ادخال الفرج
في الفرج كما قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان
وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي ولان من الناس من يعتقد كل وطي
حرام زنا يوجب الحد وعن وقوعه حالة الاكراه او تماس الفرجين من غير ايلاج الى
الحشفة وعن زمانه ومكانه لاحتمال انه زنا في دار الحرب او البغي وفي تقادم الزمان
او في حال صباه او جنونه وعن المزني بها لاحتمال ان يكون امرأته او امته او يكون له
شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء
وهو مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم **قال**
فان بينوه وقالوا رأيناه وطيها كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به لظهور
الحق ووجوب الحكم به على القاضي ولو قالوا لا نزيد على قولهم زنا لا يحد المشهود عليه
للشبهة وكذا الشهود ايضا لا يحدون لانهم شهدوا بالزنا ولم يقذفوا وانما سألوه
احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون ولم يكتف هنا بظاهر العدالة بخلاف
سائر الحقوق احتيالا للدرء ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب ولا وجه الى اخذ
الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدرء فان قيل
الاحتياط في الحبس اكثر فكيف يكون مشروعا قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل
بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له وحبس صلى الله
عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الدين حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لان الحبس
اقصى عقوبة فيها الا ترى انه لا يعاقبه بعد ثبوت الحق الا به فلا يجوز ان يفعله قبل
الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة اخرى اغلظ منه **قال** وباقراره اربع
في مجالسه الاربعة كلما اقر رده اي يثبت الزنا باقراره اربع مرات في اربعة مجالس من

مجالس المقر كلما اقر رده القاضي وقال الشافعي رحمه الله يكتفى بالاقرار مرة لان الاقرار
مظهر وتكراره لا يزيد شيئا كما في سائر الحقوق بخلاف الشهود فان العدد في الشهود لانه يفيد
زيادة طمأنينة القلب ولنا حديث ماعز رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم اخر اقامة
الحد عليه الى ان تم اقراره اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت
الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر الزنا
وتحقيقا للستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقة
فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضي ورده
القاضي كلما اقر فيذهب به حتى يغيب عن بصره القاضي في كل مرة فيما يروى عن ابي حنيفة
لانه صلى الله عليه وسلم طرد ماعزا حتى توارى بحيطان المدينة فان قيل انما رده صلى الله
عليه وسلم قبل ان يتبين له عقله لانه جاء اشعث اغبر متغير اللون ولما استبان له عقله
رجمه الا ترى انه صلى الله عليه وسلم قال له ابك خبل ابك جنون فقال لا فسأل عنه
فقالوا ما نعلم فيه الا خيرا وبعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأله عن
احصانه فاخبره انه محصن فرجمه قلنا ليس كذلك لان حاله يدل على كمال عقله اذ هي
حالة التوبة والخوف من الله لا على جنونه وقوله صلى الله عليه وسلم ابك خبل ابك جنون
تلقين منه لما يدرء به الحد كما قال صلى الله عليه وسلم لعلك قبلتها او باشرتها والسؤال
عنه كان على سبيل الاحتياط والدليل عليه ما قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه له بعد
ما اقر ثلاث مرات انك ان اعترفت الرابعة رجمك وهذا دليل على ان هذا العدد كان
معروفا بينهم ظاهرا عندهم الا ترى الى قول ابي بريدة كنا نتحدث في اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه وصح
ان الغامدية رجمها صلى الله عليه وسلم بعد ما اقرت اربع مرات ولا يقال اذا لم يجب
الحد باقراره مرة وجب ان يجب المهر لانه اقر بوطي لا يوجب الحد فاذا وجب المهر وجب
ان لا يجب الحد بعد ذلك لانهما لا يجتمعان لانا نقول الامر موقوف فان تمت الحجة لم يجب
والا وجب كما قلنا في الشهادة ان البعض اذا شهدوا توقف الامر فان تم النصاب لا يكون
قذفا والا فهو قذف فكذا موقوف في ايجاب الحد عليهما او على الزانيين ولا فرق في الاقرار
بين ان يكون حرا او عبدا وفي العبد خلاف زفر رحمه الله وقد عرف في موضعه وقال
ابن ابي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وانما يعتبر العدد فقط كما في الشهادة والحجة عليه ما
بينا وينبغي للامام ان يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويامر بابعاده عن
مجلسه في كل مرة لانه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك وقال عمر رضي الله عنه اطردوا
المعترفين يعني بالزنا **قال** وساله كما مر فان بينه حد اي اذا تم اقراره اربع مرات

سأله كما مر في الشهادة وهو أن يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى
لتزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون
الإقرار والأصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى في صباه وهذا السؤال يكون بعد ما نظر في حاله
وعرف أنه صحيح العقل كما فعل صلى الله عليه وسلم ولا بد من التصريح به في ذلك ولا يكتفى
بالكناية لأنه صلى الله عليه وسلم قال لماعز هل تدري ما الزنا قال نعم وقال له أنكتها
ولا تكني قال نعم فإذا بين ذلك وظهر زناه سأله القاضي عن الإحصان فإذا قال إنه محصن
سأله عن الإحصان ما هو فإن وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر إقراره عند غير
القاضي ممن لا ولاية له في إقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه
بذلك لأنه إن كان منكرا فقد رجع وإن كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الإقرار ولو
أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
يحد لأن هذا الإقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الثاني دليل الرجوع أو
هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعا فبقيت الشهادة وحدها هي الحجة فتقبل ولأبي يوسف
رحمه الله أن الإقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فأورثت الحقيقة شبهة وهو
يدرأ بها فصار كما إذا كانت معتبرة شرعا **قال** فإن رجع عن إقراره قبل الحد
أو في وسطه خلي سبيله وقال الشافعي وابن أبي ليلى يحد لوجوبه بإقراره فلا يبطل بعد ذلك
بالإنكار وهذا لأنه إحدى الحجتين فصار كثبوته بالشهادة وكالقصاص وحد
القذف ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب كالإقرار الأول فأورث شبهة
وهو يدرأ بها وهذا لأن كل واحد من كلامه يحتملهما فلا يمكن العمل بأحدهما لعدم
الأولوية فيترك على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لأنه من حقوق العباد وهو
يكذبه والحد حق الله فلا مكذب له وإلى صحة الرجوع أشار صلى الله عليه وسلم بقوله هلا
تركتموه حين أخبر بفرار ماعز **قال** ويندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت
بشبهة أي يستحب للإمام أن يلقنه الرجوع بقوله لعلك قبلتها أو لمستها أو وطئتها
بشبهة أو بنكاح أو بملك يمين لأنه صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت
أو نظرت قال لا يا رسول الله قال أنكتها لا تكني قال نعم فعند ذلك أمر برجمه رواه البخاري
وأحمد وأبو داود وقال صلى الله عليه وسلم في رواية أنكتها كما يغيب المرود في المكحلة
والرشا في البئر قال نعم قال هل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من
امرأته حلالا الحديث **قال** فإن كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت لأنه صلى الله
عليه وسلم أمر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين وأخرج ماعزا إلى الحرة وقيل إلى
البقيع ففر إلى الحرة فرجم بالحجارة حتى مات وفيها رواه الجماعة أنه صلى الله عليه وسلم

رجم المرأة

رجم المرأة التي زنا بها العسيف وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى
معان ثلاث كفر بعد إيمان وزنا بعد إحصان وقتل النفس بغير حق وقال عمر رضي الله عنه
وهو على المنبر وإنه مما أنزل في القرآن الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا
وسيأتي قوم ينكرون ذلك ولولا أن الناس يقولون عمر زاد في كتاب الله تعالى لكتبته
على حاشية المصحف وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فوصل إلينا إجماعهم بالتواتر
ولا معنى لإنكار الخوارج الرجم لأنهم ينكرون القطعي فيكون مكابرة وعنادا
قال يبدأ الشهود به أي يبدأ الشهود بالرجم وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط
بداءتهم اعتبارا بالجلد ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال حين رجم شراحة
إن الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي
الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنا أول من رماها بحجر قال
الراوي ثم رمى الناس وأنا فيهم ولأن الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم يستعظم
المباشرة فيأبى أو يرجع فكان في بداءته احتيال للدرء بخلاف الجلد فإن كل أحد لا يحسن
فيخاف أن يقع مهلكا أو متلفا للعضو وهو غير مستحق ولا كذلك الرجم لأن الإتلاف
فيه متعين **قال** فإن أبوا سقط أي إن أبى الشهود من البداءة سقط الحد لأنه
دلالة الرجوع وكذلك إذا امتنع واحد منهم أو جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدوا
أو أحدهم أو عمي أو خرس أو ارتد والعياذ بالله تعالى لأن الطارئ على الحد قبل الاستيفاء
كالموجود في الابتداء وكذا إذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا أو بعضهم لما ذكرنا وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وروي عنه أنهم إذا
امتنعوا أو ماتوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس وإن كان الشهود مرضى لا يستطيعون
أن يرموا أو مقطوعي الأيدي رجم بحضرتهم بخلاف ما إذا قطعت أيديهم بعد الشهادة
ذكره في النهاية **قال** ثم الإمام ثم الناس لما روينا من أثر علي رضي الله عنه
ويقصدون بذلك مقتله إلا من كان منهم ذا رحم محرم منه فإنه لا يقصد مقتله لأن بغيره
كفاية وروي أن حنظلة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه وكان كافرا
فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولأنه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من
غير حاجة **قال** ويبدأ الإمام لو مقرا ثم الناس أي يبدأ الإمام بالرجم إن كان
الزاني مقرا لما روينا من أثر علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية
بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت أقرت بالزنا **قال** ويغسل ويكفن
ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن غسل ماعز وتكفينه والصلاة عليه اصنعوا
به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على أهل الحجاز لوسعتهم ولقد رأيته ينغمس في

فإنها الجنة ولأنه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد
وصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعدما رجمت وكانت أقرت وقال صلى الله
عليه وسلم والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له رواه مسلم
وأبو داود **قال** ولغير محصن جلد مائة أي لو كان الزاني غير محصن جلده
مائة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والخطاب
للأئمة لأن اجتماع الأمة متعذر فتعين الأئمة لقيامهم مقامهم وهي عامة في المحصن وغيره
إلا أنها نسخت في حق المحصن بما ذكرنا فبقيت معمولا بها في حق غيره وقدمت الزانية بالذكر
لأنها هي المادة في هذه الجناية إذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع ولم يتمكن أو لأن
الفاحشة منهن أكثر لغلبة شهوتهن وقلة دينهن وعدم حفظهن للمروة **قال**
ونصف للعبد أي نصف المائة للعبد لقوله تعالى فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما
على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لأن الرجم لا يتنصف فتعين الجلد لذلك
أو لعدم الإحصان لفقد شرطه وهو الحرية فإذا ثبت التنصيف في الإماء لمكان الرق
المنقص للكرامات والعقوبات ثبت في العبد بدلالة النص إذ النص الوارد في أحد المثلين
يكون واردا في المثل الآخر أو نقول دخل العبد في اللفظ وأنث للتغليب ومثله
قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الإبل السائمة شاة ولفظه خمس بلا تاء يتناول
الإناث ودخل الذكور فيه إما بدلالة النص أو دخل في اللفظ وأنث للتغليب وفي مثله
يغلب الذكور عادة كما في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة وإن كنتم
جنبا فاطهروا وغيره **قال** بسوط لا ثمرة له متوسطا أي يضرب بسوط لا عقد
له ضربا متوسطا وفي النهاية هي عذبته وذنبه وطرفه لأن كل ضربة بها تصير ضربتين
وعن علي رضي الله عنه أنه كسر ثمرته ولو لم تكسر الثمرة بعد كل ضربة بضربتين لما روي
أن عليا رضي الله عنه ضرب الوليد بسوط له طرفان وفي رواية ذنبان أربعين جلدة فكانت
الضربة بضربتين والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح لأن الجارح يفضي إلى التلف
أو يبقى في جسده أثر فيشينه ولهذا يكسر عقدته وغير المؤلم لا يفيد والواجب
التأديب دون الإهلاك **قال** ونزع ثيابه يعني غير الإزار لأن في نزعه
كشف العورة والمقصود من ضربه اتصال الألم إليه لا سيما هذا الحد لأنه مبني
على الشدة والتجريد فيه أبلغ وقد صح أن عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود
قال وفرق على بدنه أي فرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في عضو واحد
قد يفضي إلى التلف والجلد زاجر وليس بمتلف ولأنه نال اللذة في كل عضو منه فيعطى
حظه من الضرب ولهذا يرجم إذا كان محصنا **قال** إلا رأسه ووجهه وفرجه

لقوله صلى الله عليه وسلم للجلاد اتق الوجه والمذاكير ولأن الضرب على الفرج متلف
وعلى الرأس سبب لزوال الحواس كالسمع والبصر والشم والفهم وكذا على الوجه
وهو مجمع الحواس أيضا فلا يؤمن ذهابها فيكون إهلاكا من وجه فلا يشرع وقال
أبو يوسف رحمه الله آخرا يضرب الرأس سوطا لقول أبي بكر رضي الله عنه للجلاد اضرب
الرأس فإن فيه شيطانا قلنا ذلك في مستحق القتل لأنه كان من دعاة أهل الحرب محلوقا
وسط رأسه فأمر بضرب ذلك الموضع واختار أن فيه شيطانا وقال عمر للجلاد إياك أن
تضرب الرأس والفرج وقال بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لأنه مقتل كالرأس
وعن أبي يوسف رحمه الله مثله وقال الشافعي رحمه الله يخص بالضرب لقوله صلى الله عليه وسلم
الظهر
شهودك أو حد في ظهرك قلنا المراد به نفي ضرب غيره من الأعضاء **قال** ويضرب الرجل
قائما في الحدود غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء
قعودا ولأن مبنى الحدود على التشهير لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين
والقيام أبلغ فيه والممدود هو الملقى في الأرض كما يفعل اليوم وقيل أن يمد فيرفع يده
فوق رأسه وقيل أن يمد السوط على جسده عند الضرب فيجره عليه وكل ذلك لا يفعل لأنه
زيادة على المستحق **قال** ولا ينزع ثيابها إلا الفرو والحشو أي المرأة لا ينزع عنها
ثيابها إلا الفرو والحشو لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول
الألم إلى الجسد والستر حاصل بدونهما فلا حاجة إليهما فينزعان ليصل الألم إلى البدن
قال وتضرب جالسة لما روينا من قول علي رضي الله عنه ولأنها عورة فلو ضربت
قائمة فلا يؤمن كشف عورتها **قال** ويحفر لها في الرجم لا له أي يحفر للمرأة
لا للرجل لقول أبي سعيد فوالله ما حفرنا لماعز ولا أوثقناه الحديث وقال عبد الله
ابن بريدة عن أبيه حفر للغامدية إلى الصدر رواهما مسلم وأحمد وأبو داود ولأنها
ربما تضطرب إذا أصابتها الحجارة فتبدو أعضاؤها وهي كلها عورة فكان الحفر
أستر لها بخلاف الرجل ولا بأس بترك الحفر لها لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر
بذلك والربط والإمساك غير مشروع في المرجوم **قال** ولا يحد عبده إلا
بإذن إمامه أي المولى لا يحد إلا إذا فوض الإمام إليه وقال الشافعي له أن يقيم عليها
الحد الذي هو خالص حق الله تعالى إذا عاين السبب أو أقر عنده إذا كان المولى ممن يملك الحد
عاقلا
بتوليه الإمام بأن كان بالغا حرا وإن ثبت بالبينة فله فيه قولان وفي حد القذف والقصاص
له وجهان وإن كان المولى مكاتبا أو ذميا أو امرأة فللشافعي له أن يقيم الحد على مملوكه له
قوله صلى الله عليه وسلم إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها
ثم إن زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم إن زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه

ولانه له ولاية مطلقة فيملك اقامته ما وجب عليه كالامام بل اولى لان ولايته عليه فوق
ولاية الامام حتى ملك فيه من التصرفات ما لا يملكه الامام الا ترى ان المولى هو الذي
يزوج دون القرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة
لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة
دل انها فوق ولاية السلطنة ضرورة ولهذا يملك تعزيره كما يملكه الامام والحد
كالتعزير لان كلا منهما عقوبة شرعت للزجر ولنا ما روي عن العبادلة الثلاثة
موقوفا ومرفوعا اربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء وعن علي
رضي الله عنه مثله ولان الحد حق الله تعالى اذ المقصود من شرعه اخلاء العالم من الفساد
ولهذا لا يسقط باسقاط العباد فيكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى والامام
هو المتعين لها في استيفاء حقوق الله تعالى فاما المولى فولايته بالملك لا يصلح ان يكون نائبا
لله تعالى الا ترى ان المرأة لا تصلح لذلك وان كانت مالكة وكذا الذمي والمكاتب بخلاف
التعزير لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه التاديب والتثقيف ولهذا يملكه
عليه وان كان صغيرا غير مخاطب شرعا وهو كتاديب الدواب ويقبل فيه الشهادة
على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو والتقادم ولان ولاية الانكاح
لا يدل على تقدمه في اقامة الحدود كالقريب فانه يتقدم عليه فيه وليس له ولاية اقامة
الحدود ولان الحدود انما تجب باعتبار الادمية والمولى يملك ماليته لا غير فكان اجنبيا
عنه فصار كالحر في حقه ولهذا يصح اقراره بالحدود دون الاموال والمراد بما روي
التسبب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام وهذا كما يقال قتل الامير
فلانا ونادى الامير في الناس والمباشر للقتل والنداء غيره وانما نسب اليه بالتسبب
بالامر بذلك وهذا المعنى هو الظاهر لانه عليه الصلاة والسلام خاطب الموالي كلهم
بذلك وكلهم لا يملكون المباشرة بالاجماع او يكون ذلك اذنا منه صلى الله عليه وسلم للموالي
بان يقيموا الحدود عليهم وعندنا يجوز اقامته للمولى باذن الامام قال واحصان
الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان والعقل
والبلوغ وهذه الشرائط سبعة الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والتزوج نكاحا صحيحا
والدخول بالنكاح الصحيح وكونهما محصنين حالة الدخول اما العقل والبلوغ فهما شرط
لاهلية العقوبات كلها لان المجنون والصبي ليسا مكلفين واما الحرية فلان الاحصان يطلق
عليها قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع
منكم طولا ان ينكح المحصنات اي الحرائر ولانها ممكنة من النكاح الصحيح المغني عن الزنا واما
الاسلام فلقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن ولانه يمكنه من نكاح المسلمة اذ الكافر

لاتحصنه

لا تحصنه وتمكنه من اعتقاد الحرمة او تركه وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس بشرط وبه قال
الشافعي رحمه الله لانه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين قلنا كان ذلك بحكم التوراة قبل
نزول اية الجلد في اول ما دخل صلى الله عليه وسلم المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ
الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا واما التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان
ينطلق عليه قال الله تعالى والمحصنات من النساء اي المنكوحات وقال تعالى فاذا احصن اي
تزوجن ولانه يمكنه من الوطء الحلال واما الدخول فلقوله صلى الله عليه وسلم الثيب
بالثيب الحديث والثيابة لا تكون بغير دخول ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته ويشبع
فيستغني به عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الانزال
واما احصانهما حالة الدخول فلان هذه النعمة تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة
وقلما يرغب في الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف
مع اختلاف الدين وفي الكافرة خلاف ابي يوسف رحمه الله وعنه انه لا يشترط الاحصان
عند الدخول والحجة عليه ما تليناه وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية
ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وهذه الاشياء من اعظم النعم وكلها زواجر
عن الزنا والجناية عند توفر النعمة ووجود المانع اغلظ واقبح فيناط بها نهاية العقوبة
ولهذا هدد الله نساء النبي صلى الله عليه وسلم بضعف ما هدد به غيرهن وعاتب الانبياء
عليهم السلام بزلات لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم بخلاف العلم والشرف
لان الشرع لم يرد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع ولو زال الاحصان بعد ثبوته
بالجنون والعته يعود محصنا اذا افاق وعند ابي يوسف رحمه الله لا يعود حتى يدخل بامرأته
بعد الافاقة قال ولا يجمع بين جلد ورجم يعني في المحصن ولا بين جلد ونفي يعني في
البكر اما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما على المحصن وعند اصحاب الظواهر
يجلد ثم يرجم لقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر
جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم رواه الجماعة الا البخاري والنسائي
وعنه صلى الله عليه وسلم جمع بينهما في رجل وعن الشعبي ان عليا رضي الله عنه حين رجم المرأة
ضربها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله
عليه وسلم رواه البخاري واحمد ولنا انه صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في
الغامدية ولا في المرأة التي زنا بها العسيف بل رجمهم بغير جلد ولو كان الجمع حدا لما
تركه ولانه لا فائدة في الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا وزجره بالجلد لا يتأتى مع
هلاكه وزجر غيره يحصل بالرجم لكونه ابلغ العقوبات فاذا عري عن الفائدة فلا يشرع ولهذا
لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفي بحد واحد لعدم الفائدة في الباقي لان المقصود وهو زجره

وزجر عن عضل بالاول وما رووه معناه الثيب بالثيب جلد مائة او الرجم لان الواو بمعنى او قال
الله تعالى جاعل الملائكة رسلا اولي اجنحة مثنى وثلاث ورباع اي اولي اجنحة مثنى
او ثلاث او رباع فيكون معنى الحديث الثيب بالثيب الرجم ان كانا محصنين او جلد مائة ان لم
يكونا محصنين وهذا المعنى مستقيم لا اشكال فيه فان كل ثيب لا يرجم فيكون تنبيها منه
صلى الله عليه وسلم على الحكمين في الثيب على ان هذا الحديث منسوخ على ما نبين وجه نسخه من
قريب ان شاء الله تعالى واما الذي جمع فيه صلى الله عليه وسلم فانما جلده اولا لمن ظنا منه
انه غير محصن ثم لما عرف انه محصن رجمه فان جابرا رضي الله عنه قال ان رجلا زنا بامراة
فامر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ثم اخبر انه محصن فامر به فرجم رواه ابو داود
وفعل علي رضي الله عنه محمول على ذلك وتاخيره الرجم الى يوم الجمعة دليل عليه لان تاخير الحد
بعد وجوبه لا يجوز وعرف احد الحدين بالكتاب والاخر بالسنة فلهذا قال جلدتها بكتاب
الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا لان الجمع مشروع في واحد واما الثاني
وهو عدم الجمع بين الجلد والنفي في البكر فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا
لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة وقال صلى الله عليه وسلم
في العسيف عليه جلد مائة وتغريب عام والخلفاء الراشدون كانوا يضربون ويغربون
ولان الزنا ينشا من المصاحبة والموانسة فيفرق ويغرب حسما لمادته الا ترى ان السارق
لما كان يمكنه من السرقة بالمشي والبطش صار حده قطع آلة المشي والبطش حسما لمادته ولنا
قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب
نظرا الى الجواب بالفاء لان الفاء للجزاء والجزاء اسم لكون كفاية لانه من جزا بالهمز اي كفى والى كونه كل
المذكور فيكون كل الموجب اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو وجب التغريب
لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا ولا يجوز الا بمثله ولان في التغريب تعريضا لها على
الزنا لانها اذا تباعدت عن العشائر والاقارب ارتفع الحيا واذا نزلت في الرباطات
او الخانات احوجها انقطاع مواد المعاش الى اتخاذ الزنا مكسبة لارتفاع الاستحيا
من المعارف وهو اقبح وجوه الزنا لا ندفع جهرا لكونه ناشيا عن وقاحة ومع العشائر
ان وقع يقع خفية ومكتوما لكونه ناشيا عن استحيا ولهذا قال علي رضي الله عنه كفى بالنفي
فتنة وعمر رضي الله عنه نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف ان لا ينفي بعد هذا ابدا
ولهذا يعرف ان نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق الحد لان مثل عمر رضي الله عنه لا يحلف
ان لا يقيم الحد وعندنا يجوز ان يفعله ان راى فيه مصلحة ولا يختص ذلك بالزنا الا ترى انه
صلى الله عليه وسلم نفى المخنث وعمر نفى نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء ولكن
لا بوجوب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة راها فان الغلام قال له ما ذنبي يا امير المومنين فقال

لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة منك فنفاه والتحق بالروم فحلف
ان لا ينفي احدا بعد هذا ولان نفي المراة لا يمكن شرعا لان سفرها بغير محرم حرام ولا ذنب
للمحرم حتى ينفى معها ولا يكون القياس على المهاجرة من دار الحرب لانها لا تقصد سفرا وانما
تطلب الخلاص حتى لو وصلت الى جيش المسلمين ولهم منعة لا يجوز لها ان تخرج من عندهم
وتسافر وكذا الامة حق المولى في الخدمة مقدم على حق الشرع فلا يمكن ان تفصل بينها وبين
مولاها وكذا العبد وما رواه منسوخ كشطره وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب
بالثيب جلد مائة والرجم فانه لا يجمع بين الجلد والرجم على المحصن بالاجماع وبيان نسخه
ان الزنا كان حده في الابتداء الاذى باللسان كما قال الله تعالى فاذوهما ثم نسخ بالحبس في
البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا ثم
نسخ الحبس بقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد
مائة وتغريب سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وكان هذا قبل نزول سورة النور بدليل
قوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله ثم نسخ بقوله تعالى
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فكان الجلد حد كل زان ثم نسخ في حق المحصن بالرجم
وبقي في حق غير المحصن معمولا به فاستقر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن وعلى الرجم فقط
في حق المحصن **قال** ولو غرب بما يرى صح اي لو غرب الامام الجاني بما يرى من التعز
جاز لما ذكرنا وقال في النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر

ومن يك امسى بالمدينة رحله ❊ فاني وقيار بها لغريب

اي المحبوس وهو احسن واسكن للفتنة من نفيه الى اقليم اخر لانه بالنفي يعود مفسدا كما كان
ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه
قال والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرا اي اذا زنا المريض وكان محصنا يرجم لان الرجم
متلف فلا يمتنع بسبب المرض وان كان غير محصن لا يجلد حتى يبرا كيلا يفضي الى التلف والجلد
شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد في شدة الحر ولا في شدة البرد وان كان الزاني ضعيف
الخلقة بحيث لا يرجى برؤه يخاف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله لما
روي ان رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان
ذلك الرجل مسلما فقال صلى الله عليه وسلم اضربوه حده فقالوا يا رسول الله انه ضعيف
من ذلك لو ضربناه مائة قتلناه فقال صلى الله عليه وسلم خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ
ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوا رواه احمد وابن ماجه وفيه رواه ابو داود لو حملناه
اليك لتفسخت عظامه وما هو الا جلد على عظم **قال** والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج
من نفاسها لو كان حدها الجلد اي لو كانت الزانية حاملا لا تحد حتى تلد لانه يخاف الهلاك

على الولد وله حرمة الادمى وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وقد روى ان امراة من غامد جات رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت طهرني فقال لها ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي اليه فقالت اراك تريد ان ترددني كما رددت ماعز بن مالك فقال وما ذاك قالت انها حبلى من زنا قال انت قالت نعم فقال لها حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه قال فرجمها رواه مسلم والدارقطني وقال هذا حديث صحيح وتحبس حتى تلد ان ثبت زناها بالشهادة وان كانت مقرة لا تحبس ولو كان حدها الجلد لم تجلد حتى تخرج من نفاسها لما عن علي رضي الله عنه انه قال ان امة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فامرني ان اجلد فاتيتها فاذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت ان اجلدها ان اقتلها فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال احسنت اتركها حتى تماثل رواه مسلم واحمد وابو داود والترمذي وصححه ولان النفاس نوع مرض فينتظر البرء على ما بيناه بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الرجم يوخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن له احد يقوم بتربيته لما روى عن عبد الله بن بريدة قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله اني قد زنيت فطهرني وانه ردها فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردني لعلك ترددني كما رددت ماعزا فوالله اني لحبلى قال اما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال اذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها فيقبل خالد بحجر فرمى راسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ثم امر بها فصلى عليها ودفنت رواه مسلم واحمد وابو داود والتوفيق بين الحديثين انه يحتمل ان يكونا امراتان من غامد فاخر رجم احداهما الى ان يفطم ولدها دون الاخرى ويحتمل ان يكون احداهما من غامد واخرى من قبيلة اخرى فغلط الراوي في الرواية والله اعلم

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوطي الموجب للحد هو الزنا وهو عند اهل اللغة والشرع وطي الرجل المكلف في قبل المشتهاة في غير الملك وشبهته عن طوع وقد بيناه في اول الكتاب وانما شرط ذلك لوجوب الحد لان الزنا فعل حرام والحرمة على الاطلاق ثبت عند التعري عن الملك

وشبهته يويده قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطي في العفو خير من ان يخطي في العقوبة رواه الترمذي من عائشة رضي الله عنها وذكر انه قد روي موقوفا وان الوقف اصح وعندنا لا يضر ذلك اذا صح الرفع لا سيما فيما لا يدرك بالراي فان الموقوف فيه محمول على السماع لانهم كانوا يرفعونه تارة ويفتون به اخرى وقال صلى الله عليه وسلم ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا ثم الشبهة ثلاثة انواع شبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد على ما يجي بيانه فالاول يسمى شبهة اشتباه وهو ان يظن غير الدليل دليلا فيتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لان المحل خال عن الملك والحق فكان زنا حقيقة غير انه يسقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه وان ادعاه والنوعان الاخران الشبهة في كل واحد منهما حكمية تثبت مطلقا لان الشبهة فيه لدليل قايم به يقتضي الحل وانما امتنع من اثباته لمانع على ما يجي بتفاصيله **قال** لا حد لشبهة المحل وان ظن حرمته كوطي امة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات اي لا يجب الحد لاجل شبهة توجد في المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لان الدليل المثبت للحل قايم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فاورث شبهة في المحل بيانه ان قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك وكذا امة ولد الولد والمعتدة التي طلقها بالكنايات فيها اختلاف الصحابة ثم من مذهب عمر رضي الله عنه انها رجعية فاورث شبهة وان كان المختار قول علي رضي الله عنه ولهذه المسايل اخوات منها الجارية المبيعة في حق البايع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطي بالملك واليد وقد فاتت اليد فبقي الشبهة وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لانه يثبت له حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبه او عبده الماذون له وعليه دين يحيط بماله وبرقبته لان له حقا في كسب عبده لما ذكرنا من المعنى في المبيعة ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه في البعض ثابت حقيقة فيكون الشبهة فيها اظهر ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفا الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبايع **قال** ولشبهة الفعل ان ظن حله كمعتدة الثلث وامة ابويه وزوجته وسيده اي يسقط الحد لاجل الشبهة في الفعل ان ظن ان وطيها حلال له وتسمى هذا النوع من الشبهة شبهة في الفعل لان الملك والحق غير ثابت في هولاء

فلهذا سمي هذا النوع شبهة في الفعل لانها ثبتت عن دليل موجب الحل

فكان شبهة في حقه وبينها للجارية المغصوبة قبل التسليم حق الزوج

الا في ذكرهن لان حرمة المطلقة ثلثا مقطوع به فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير انه
بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة
اختها واربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه
لذلك فاورث شبهة ان ظن حله لانه في موضع الاشتباه فيعذر ولا فرق في ذلك
بين ان يوقع الثلث جملة او متفرقا ولا اعتبار بخلاف من انكر وقوعه لكونه مخالفا (الجملة ع)
للقطعي وكذا الاملاك متباينة بينه وبين ابويه وكذا بينه وبين زوجته فلا ملك
له ولا حق في مالهم وكذا العبد في مال مولاه غير ان البسوطة تجري بينهم في الانتفاع
بالاموال والرضا بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بما له شرعا فاذا ظن الوطي من هذا
القبيل ~~من هذا القبيل~~ يعذر لان وطي الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال
والاشتباه في محله معتبر ونفيه ولهذه المسائل ايضا اخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها
ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلثا ومنها ام الولد اذا اعتقها مولاها لثبوت
حرمتها بالاجماع وثبتت الشبهة عند الاشتباه لبقاء اثر الفراش وهي العدة ومنها الجارية
المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو المختار لان الاستيفاء من عينها
لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء وهذا لان
الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا لو مات العبد المرهون يكون كفنه على الراهن
على ما عرف في موضعه والوطي يصادف العين ولئن افاد ملك العين لا يتصور ان يفيد ملك
المتعة بحال لانه يصير مستوفيا لها بعد الهلاك وفي ذلك الوقت لا يتصور ملك
المتعة منها فصار كالجارية المستاجرة للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم بخلاف
المشتراة بشرط الخيار للبائع لان الملك فيها يثبت حقيقة في حال قيامها عند نفوذ
البيع وذلك سبب لملك المتعة فان قيل لعل هذا اوجب ان يجب الحد على المرتهن مطلقا
اشتبه او لم يشتبه كما في الجارية المستاجرة للخدمة وجارية الميت في حق الغريم قلنا (عليه ع)
الاستيفاء سبب لملك المال في الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستاجرة وجارية الميت (وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة ع)
لان الاجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفي حقه من
الثمن ولو ملك العين او تعلق حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن ثم كما يسقط الحد
عنها بدعوى الحل يسقط عنه بدعوى الجارية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يسقط عنه لا
تبع سقوطه عن التبع لا يوجب السقوط عن الاصل كالبالغ اذا زنى بصبية والظاهر الاول
لان سقوط الحد عن الجارية باعتبار الشبهة يتعدى اليه لان الفعل واحد بخلاف الصبية
لان عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الاهلية فلا يكون متعديا اليه فاقتصر عليها ه
قال والنسب يثبت في الاولى فقط اي يثبت النسب ان ادعاه في الشبهة الاولى

وهي الشبهة في المحل ولا يثبت في النوع الثاني وهو الشبهة في الفعل وان ادعاه لان
النسب يعتمد قيام الملك او الحق في المحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش او شبهته
يوجد باحدهما وفي النوع الاول وجد احدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فتمحض
زنا وانما يسقط الحد لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه والمحل خال عن الملك و
الحق ولهذا يجب عليه الحد اذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الاول على ما بينا قال
ويحد بوطي امة اخيه وعمه وامراة وجدت في فراشه يعني وان ظن انها تحل له لانه لا بسوطة
في مال هؤلاء عادة فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد
بخلاف السرقة منهم حيث لا يقطع بها يده لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز
في حقه لان المحارم بعضهم يدخل على بعض بغير استيذان ولا حشمة لوجود الاذن بالدخول
عادة فيدرا به الحد واما هنا يجب الحد بالزنا وقد وجد ويدرا بالحل او شبهته ولم يوجد
وتبين لك هذا المعنى في الضيف فانه اذا سرق المضيف لا يقطع يده وان زنا بجاريته او في
بنته بان في بيت نفسه يحد لما قلنا وهو المراد بقوله وامراة وجدت في فراشه اي يحد بوطي المراة
اجنبية وجدت في فراشه وان قال ظننت انها امراتي لانه بعد طول الصحبة لا يشتبه عليه
امراته وقد ينام في فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران فلم يستند الظن الى
دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان اعمى لان امراته لا يخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالحس
والنفس والرائحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها الا اذا دعاها فاجابته اجنبية
فقالت انا امراتك فوطئها فانه لا حد عليه لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار
وكذا لو قالت انا فلانة باسم امراته فواقعها لا يحد لما قلنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه
منه لما ذكر من قريب في المزفوفة وان اجابته ولم تقل انا امراتك ولا انا فلانة يحد لعدم
ما يوجب السقوط ولو اكرهها يجب عليه الحد دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله وهو نظير الاختلاف في ضمان المسروق مع القطع قال لا باجنبية زفت
وقيل هي زوجتك اي لا يجب الحد بوطي اجنبية زفت اليه وقيل له هي زوجتك فيما اذا تزوج
امراة ولم يدخل بها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا في موضع الاشتباه وهو الاخبار مطلق
له العمل اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها في اول الوهلة ولا دليل يقف عليه سوى هذا
ولهذا قلنا يثبت نسبه وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لان الشارع جعل
الاخبار بالملك كالمحقق دفعا لضرر الغرور عنه في الامة التي اشتراها ثم استحقت بعد ما
وطئها واستولدها ولا يحد قاذفه لانه وطي حرام في غير الملك فيسقط به احصانه وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لا يسقط احصانه لان هذا الوطي حلال له ظاهرا والحكم يبنى على الظاهر قلنا
ليس له فيها ملك ولا شبهته فكان زنا حقيقة فيبطل به احصانه واستناده الى دليل شرعي

لا يمنع من ذلك كمن وطئ جارية ابنه فانه يسقط احصانه بذلك علقت او لم تعلق ادعاه
او لم يدع قال وعليه مهر لان عليا رضي الله عنه قضى بذلك ولان الوطء في دار
الاسلام لا يخلو عن الحد او المهر وقد سقط الحد فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا
قلنا في كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب فيه المهر لما ذكرنا الا في وطء
جارية الابن وعلقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا في النكاح او في وطء البائع المبيعة
قبل التسليم ذكرها في الزيادات وينبغي ان لا يجب بوطء جارية السيد لان المولى
لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب ثم سقط فيستقيم على ما اختلفوا في تزويج المولى
عبده بجاريته ويكون المهر للموطوءة بذلك قضى علي رضي الله عنه وكان عمر رضي الله عنه
يجعله في بيت المال كانه جعله حق الشرع كما ان الحد حقا له وهذا كالعوض عنه والمختار
قول علي رضي الله عنه لان الوطء كالجناية عليها وارش الجناية للمجني عليه ولو كان
عوضا عن الحد لوجب على المراة لان الحد ساقط عنها قال ومحرم نكاحها اي لا يجب الحد
بوطء محرم تزوجها وهذا هو الشبهة في العقد سواء كان عالما بالحرمة او لم يكن عالما بها
عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن ان كان عالما يوجع بالضرب تعزيرا له وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله ان كان عالما يحد في كل امراة محرمة عليه على التابيد او ذات
زوج لان حرمتهن ثبتت بدليل قطعي واضافة العقد اليهن كاضافته الى الذكور لكونه
صادف غير المحل فيلغو لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهو الحل هنا وهي من المحرمات
فيكون وطؤها زنا حقيقة لعدم الملك فيها والحق واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباؤكم لقوله انه كان فاحشة والفاحشة هو الزنا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا
انه كان فاحشة الاية ومجرد اضافة العقد الى غير المحل لا عبرة به الا ترى ان البيع الوارد
على الميتة والدم غير معتبر شرعا حتى لا يفيد شيئا من احكام البيع غير انه اذا لم يكن عالما
يعذر للاشتباه ولابي حنيفة رحمه الله ان الانثى من اولاد ادم محل لهذا العقد لان محل
العقد ما يكون قابلا لمقصوده الاصلي وكل انثى من اولاد ادم قابل لحكم النكاح وهو التوالد
والتناسل واذا كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه اذ الحكم يثبت ذريعة الى
المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة الحل حقيقة
لمكان الحرمة الثابتة فيهن بالنص فيورث شبهة اذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة
بنفسها الا ترى ان الخمر ليست بمال عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشترى بها شيئا
اعتبرت مالا في حق انعقاد العقد حتى يملك ما يقابلها لكونها مالا عند اهل الذمة والانثى
من اولاد ادم محل للعقد في حق غيره من المسلمين فكانت اولى باثبات الشبهة وكونها محرمة
على التابيد لا ينافي الشبهة الا ترى انه لو وطئ امته وهي اخته من الرضاع عالما بالحرمة

لا حد

لا يجب عليه الحد والنكاح في افادة ملك المتعة اقوى من ملك اليمين لانه شرع
له بخلاف ملك اليمين فكان اولى في افادة الشبهة لان الشبهة تشبه الحقيقة
فما كان اقوى في اثبات الحقيقة كان اقوى في اثبات الشبهة واستدلالهم بالفاحشة
على انه زنا غير صحيح لان الفاحشة اسم للمحرم قال الله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر
منها وما بطن وقال تعالى والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم الاية فلا يكون
اسم الفاحشة مختصا بالزنا فليس فيه دلالة على ما قالوا لان النكاح حقيقة للوطء فيحمل
ولو كان مختصا به
عليه النكاح المذكور في الاية لا على العقد لان العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطء بعد
العقد لان اللفظ لا يدل عليه اذ النكاح لم يذكر الا مرة فقد تناول احدهما على البدل
دون الجمع بينهما لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز والدليل على انه ليس بزنا ان اهل الذمة
يقرون عليه وكان مشروعا في من قبلنا والذمي لا يقر على الزنا ولم يشرع الزنا في دين
من الاديان قط فاذا لم يجب الحد عنده لما ذكرنا يبالغ في تعزيره ان كان عالما بذلك لانه
ارتكب محظورا وفيه فساد العالم ومن الشبهة في العقد وطء المتزوجة بغير شهود او بغير
اذن الولي او وطء امة تزوجها على حرة او تزوج خمسا في عقدة فوطئهن او وطء مجوسية
او مشركة تزوجها او جمع بين اختين في عقدة فوطئهما او الاخيرة لو كان متعاقبا ففي جميع
ذلك لا يجب الحد عنده كيف ما كان قال وباجنبية في غير قبل وبلواطة اي
لا يجب الحد بوطء امراة اجنبية في غير قبلها ولا باللواطة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا
والا يجلد لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولانه في معنى الزنا لان فيه قضاء الشهوة بسفح الماء
في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما كالزنا في القبل بل فوقه لانه في الزنا يتوهم
منه حدوث ولد يعبد ربه ولا يتوهم في عمل قوم لوط فكان فوقه في تضييع الماء فكان ادعى
الى الزاجر ولا خفاء في كونه مشتهى لان المحل انما يشتهى باللين والحرارة والدبر في هذا المعنى
كالقبل ولهذا يرغب فيه العقلاء كما يرغبون في القبل ويكثر وقوعه كالزنا بل اكثر واشد حرمة
منه لانه في الزنا يمكن ازالة الحرمة بالتزوج والشراء ولا يمكن في عمل قوم لوط فكان ادعى
الى الزاجر من هذا الوجه ايضا وقال الشافعي رحمه الله في رواية عنه انهما يقتلان مطلقا سوا
كانا محصنين او لم يكونا لما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال من وجدتموه
يعمل بعمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به رواه احمد وابو داود وغيرهما وعن سعيد
ابن جبير ومجاهد عن ابن عباس في البكر يوجد على اللوطية يرجم رواه ابو داود ولنا انه
ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه مع علمهم بحكم الزنا فمن مذهب ابي بكر
الصديق رضي الله عنه انه يحرق بالنار ومذهب ابن عباس ان يعلى اعلى مكان من القرية ثم

بلقنا منكوسين لقوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وامطرنا عليهم حجارة من سجيل ومذهب
ابن الزبير ان يحبسا في انتن المواضع حتى يموتا نتنا وكان علي رضي الله عنه يقول حكمه حكم
الزنا من الجلد والرجم وعن بعضهم يهدم عليهما جدار كل ذلك بالاجتهاد والحدود لا
تثبت به ولا بخبر الواحد وكذا عند اهل اللغة لا يسمى هذا زنا وانما يسمونه لواطة
قال الشاعر • من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء •
وافراد كل واحد منهما بالاسم يدل على تغايرهما ولا يمكن الحاقه بالزنا بطريق الدلالة
لان شرط الدلالة ان يكون مثلا له واللواطة ليست مثل الزنا لان في اللواطة قصورا
دون الزنا الا ترى ان الداعي في الزنا من الجانبين ويؤدي الى اشتباه النسب وافساد
الفراش واهلاك البشر باعتبار انه يفضي الى ولد ليس له اب يقوم بتربيته ونفقته فلو
هالكا وليس شيء من هذه الاشياء موجود في اللواطة وهي ايضا ادر وقوعا لكون الداعي فيها من
جانب واحد ولم يشابهه الا في الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق به الا ترى ان البول مثل
الخمر في الحرمة ولا يلحق بها في حق وجوب الحد على شاربه لقصور فيه فكذا هنا لا جل قصوره
امتنع الالحاق به وسفح الماء ليس بمحظور الا ترى انه يجوز العزل في المملوكة وكذا في المنكوحة
برضاها وما رواه الشافعي لم يصح لانه لو صح لظهرت المحاجة في الصحابة رضي الله عنهم
وارتفع الخلاف بينهم ولئن صح فهو محمول على السياسة وهو جائز عندنا حتى لو راى الامام
في قتل من اعتاده مصلحة جاز قتله او يحمل ذلك على المستحل ثم اذا لم يجب الحد عنده يوجع
ضربا وزاد في الجامع الصغير فقال ويودع في السجن هذا اذا فعل في الاجانب واما اذا
فعل في عبده او امته او منكوحته لا يجب الحد بالاجماع وانما يعزر لارتكابه المحظور
قال وببهيمة اي لا يجب الحد بوطء بهيمة وقال الشافعي يجب لانه وجد سفح الماء
في محل مشتهى فيستدعي زاجرا قلنا ان وطء البهيمة لا يميل اليه الطبع فلا يستدعي زاجرا
لوجود الانزجار بدون الحد والحامل عليه نهاية السفه وغلبة الشبق كما يكون بالكف
ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع ولو كان مشتهى لوجب ستره كما في القبل والدبر الا انه
يعزر لانه جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر وما روي عن عمر رضي الله عنه انه اتي برجل
وقع في بهيمة فعزر الرجل وامر بالبهيمة فحرقت كان لقطع التحدث به لانه ما دامت باقية
يتحدث الناس به فيلحقه العار بذلك لا ان الاحراق واجب ثم ان كانت الدابة مما لا
يؤكل لحمها تذبح وتحرق لما ذكرنا وان كانت مما يؤكل تذبح وتؤكل عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا تحرق وهذا ايضا هذا اذا كانت البهيمة للفاعل وان كانت لغيره يطالب صاحبها
ان يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا فيحمل عليه قال
وبزنا في دار حرب او بغي اي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب او في دار البغي وقال الشافعي

يحد لان المسلم ملتزم احكام الاسلام حيث كان ومن حكمه وجوب الحد على الزاني
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب ولانه لم يجب لذاته
وانما وجب لمقصوده وهو الانزجار والاستيفاء فاذا لم يمكن الاستيفاء فلا يجب
لخلوه عن الفائدة ولا يتحقق الاستيفاء هنالك لانه ليس له ولاية على نفسه حتى يقيمه على نفسه
ولا للامام ولاية عليهم حتى يقيمه هنالك فامتنع الوجوب لعدم الفائدة وهو
الاستيفاء فاذا لم ينعقد موجبا من الابتداء فلا ينقلب موجبا بالخروج الينا ولو غزا
الخليفة ودخل دار الحرب او امير مصر فله ان يقيم الحد على من زنا في معسكره
لان العسكر تحت ولايته فيقيم الحد على من زنا منهم كما يقيم في دار الاسلام ولو
زنى واحد منهم خارج العسكر لا يقيم عليه الحد لما ذكرنا فصار كالمستامن في دار
الحرب اذا زنا هناك ولو دخلت سرية دار الحرب فزنا رجل منهم لم يحد وكذا
امير العسكر لا يقيم الحد والقصاص لان امير العسكر والسرية فوض اليهما تدبير
الحروب لا اقامة الحدود ثم اذا خرج لا يقام عليه الحد لما روينا وذكرنا من المعنى
فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص منه مواضع الشبهة من ذلك
فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس واهل البغي التحقوا باهل الحرب
لعدم قدرة الامام عليهم قال وبزنا حربي بذمية في حقه اي لا يجب الحد
بزنا رجل حربي مستامن بذمية في حق الحربي المستامن واما الذمية فتحد وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وكذا لو زنا بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند ابي يوسف رحمه الله يحد
المستامن ايضا وعند محمد رحمه الله لا يحد واحد منهما ولو كان بالعكس بان زنا ذمي او
مسلم بمستامنة يحد الذمي والمسلم دون المستامنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله
وعند ابي يوسف رحمه الله تحد المستامنة ايضا وابو يوسف كان يقول مثل قول محمد اولا
ثم رجع عنه لما ذكرنا والاصل لابي يوسف رحمه الله ان الحدود كلها تقام على المستامن
والمستامنة في دارنا الا حد الشرب كما تقام على الذمي والذمية لان المستامن يعتقد حرمة
الزنا لكونه حراما في كل الاديان وقدر الامام على اقامته عليه وقد التزم احكامنا
فيما يرجع الى المعاملات والسياسات مدة مقامه في دارنا كالذمي التزمها مدة حياته
الا ترى انه يقام عليه حد القذف والقصاص ويمنع من الربا وشرا العبد المسلم والمصحف
ويجبر على بيعهما ان اشتراهما كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب لانه يعتقد حله فلا يقام الحد
عليه كما لا يقام على الذمي لانا امرنا ان نتركهم وما يعتقدون والاصل عند ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يقام على المستامن والمستامنة شيء من الحدود الا حد القذف لان الاقامة
تبتني على الولاية والولاية تبتني على الالتزام اذ لو الزمناه حكما دون التزامه الذي

نفيره من دارنا وقد ندبنا الى معاملته بحمله على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم
وهو بالامان التزم من حقوق العباد لان دخوله لقضاء حاجته وهي تحصل بذلك فالتزم
ان ينصفهم كما ينصف وان لا يؤذي احدا كما لا يؤذى فيلزمه بالتزامه واما حقوق الله
تعالى فلا يلزمه لانه لم يلتزمها الا يرى انه لم تضرب عليه الجزية ولم يمنع من رجوعه
الى دار الحرب ويمنع الكافر من ان يكون حربا علينا واجب علينا حقا لله تعالى يعلم
بذلك انه حربي على حاله ولهذا لا يقتل المسلم به ولا الذمي به ولم يظهر حكم الامان
بالنسبة الى حقوق الله تعالى بخلاف الذمي فانه صار بالامان من اهل دار الاسلام
تجري عليه احكامها في الدنيا واما القصاص وحد القذف فمن حقوق العباد وكذا المنع
من شراء المصحف والعبد المسلم من حقوق العباد لان في تركه في يده قهر المسلم بالاذلال
والاستخفاف بالمصحف وهو بالامان لم يلتزم الاحتمال والصبر على ذلك فلا يمكنه
منه ومحمد رحمه الله يقول كذلك في جميع ما ذكرنا غير انه يقول فعل الرجل اصل وفعل
المراة تبع والفعل قائم بالفاعل فصار محلا له والمحل كالمشروط فامتناع الحد في حق
الاصل يوجب امتناعه في حق التبع وهذا لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب
للحد وفعله هنا لا يوجب الحد اذا كان مستامنا فكذا تمكينها منه واما اذا كانت هي
المستامنة فسقوط الحد عنها وهي تبع لا يوجب سقوطه عنه وهو اصل لما ذكرنا نظيره
فعل الصغير والمجنون مع البالغ العاقل فان البالغ العاقل اذا زنى بصغيرة او مجنونة
يجب عليه الحد دونها وان زنت البالغة العاقلة بصغير او مجنون لا يجب عليها الحد لما ذكرنا
وابو حنيفة رحمه الله يقول ان الموجب للحد عليها هو التمكين من الفعل الفاحش وهو الزنا
وقد وجد لان فعل المستامن زنا لان الكافر مخاطب بالحرمات في الصحيح وان لم يخاطب لم ١
عندنا بالعبادات على ما عرف في موضعه ولهذا يحد الذمي ويسقط به احصانه واحصان
المستامن حتى لو قذفهما قاذف بعد اسلامهما لا يجب عليه الحد لكونه صادقا فيهما لتحقق
الزنا فيهما في حالة الكفر وانما لم يحد المستامن لفقد شرطه على ما بينا آنفا فصار نظير
ما لو غاب الرجل بعد ثبوت زناهما والمراة حاضرة بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا
مخاطبين فعلهما زنا والتمكين منه لا يوجب الحد عليها وقوله فعل المراة تبع قلنا تبع في حق — فلم يكن
نفس الفعل لا في حكمه الا يرى ان المراة اذا كانت محصنة والرجل غير محصن يجلد الرجل
وترجم المراة ولا تصير تبعا له فيه ولا يكون شبهة في حقها ونظير هذا الاختلاف لو زنت
مطاوعة بمكره تحد المراة دونه عندهما وعند محمد رحمه الله لا تحد لما ذكرنا ولو زنى — عندهما م
مستامن بمستامنة لا حد عليهما خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد بينا الوجه من الجانبين
قال وان زنا صبي او مجنون بمكلفة خلاف عكسه اي لا يجب الحد اذا زنى الصبي

او المجنون

او المجنون بامراة مكلفة وهي البالغة العاقلة خلاف العكس وهو ما اذا زنا العاقل
البالغ بصبية او مجنونة حيث يجب الحد على الرجل وقال زفر والشافعي رحمه الله يجب على
المراة في الفصل الاول ايضا لانها زانية لان الزنا هو قضاء الشهوة بالوطي الخالي
وشبهته — عن الملك و شبهته وقد وجد ذلك فكان زنا والزنا منها متصور الا يرى ان الله تعالى
سماها زانية بقوله الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولهذا من قذفها
به يحد ولو لم يتصور الزنا منها لما حد قاذفها كقاذف الصبي والمجنون فاذا كان زنا
فامتناع وجوب الحد لمعنى يخصه لا يوجب الامتناع في حقها كما في العكس وهو ما اذا
زنا البالغ العاقل بالصبية او المجنونة فانه عليه الحد اجماعا فكذا هذا ولنا ان فعل الزنا
لا يتحقق من الانثى وانما يتحقق من الذكر ولهذا هو يسمى زانيا وواطيا والمراة تسمى
موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول به باسم الفاعل كالراضية
للعيشة والدافق للمدفوق او لكونها متسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من الزنا
وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي والمجنون ليس بهذه
الصفة فلا يكون فعلهما موجبا للحد اذ هو ليس بزنا وانما سمي فعلها زنا اذا امكنت من الزنا
تبعا وفعلهما ليس بزنا فلا يكون فعلها ايضا زنا وهذا لانها مكنت نفسها من فعل لا تاثم
ولا تحرج فلا يوجب عليها الحد كتمكينها من زوجها او من النائم بخلاف العكس لان فعل
الرجل هو الاصل وهو زنا حقيقة وعدمه في التبع لا يدل على العدم في الاصل وايجاب
الحد على قاذفها وان لم يتصور منها زنا حقيقة لالحاق العار بها بنسبتها الى التمكين من
الزنا وهو وصف قبيح في حقها فلهذا يجب الحد عليها لا لانها زنت حقيقة وعبارات
اصحابنا ان فعلها مع الصبي والمجنون ليس بزنا يشير الى ان احصانها لا يسقط بذلك
كما لا يسقط احصان الصبي والمجنون به حتى يجب الحد على قاذفها بعد البلوغ والافاقة
ثم وطي الصبي يوجب المهر اذا كانت الموطوءة صغيرة او كبيرة غير مطاوعة او امة لان
الوطي لا يخلو عن الحد او المهر وقد انتفى الحد فتعين المهر لان الصبي يواخذ بفعله ورضى الصغيرة
والامة لم يصح وكذا امرهما لعدم الولاية على انفسهما وان كانت الكبيرة الموطوءة مطاوعة
لا يجب لها عليه المهر لانه لو وجب لرجع به عليها لانه فعل بامرها وامرها صحيح لولايتها على
نفسها ومن امر صبيا بشيء ولحقه بذلك ضمان رجع به الولي على الامر فلا يفيد قال
وبالزنا بمستاجرة اي لا يجب الحد بالزنا بامراة استاجرها ومعناه استاجرها ليزني بها
اما لو استاجرها للخدمة فزنا بها يجب الحد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد في الاول ايضا لانه ليس بينهما ملك ولا
شبهته فكان زنا محضا فيحد وهذا لان الاستيجار ليس بطريق لاستباحة الابضاع شرعا

فكان لغوا كما لو استأجرها للطبخ او الخبز ثم زنا بها لان محل الاجارة المنافع
لا الاعيان والمستوفى بالوطء في حكم العين لما عرف في موضعه والعقد لا ينعقد
في غير محله اصلا ولهذا لا يثبت بهذا الوطء النسب والعدة ولو كان سببه الانعقاد
لثبتا ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي ان امراة طلبت من رجل مالا فابى ان يعطيها حتى
تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضي الله الحد عنهما وقال هذا مهرها ولان الله تعالى سمى المهر
اجرا بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فصار شبهة لان الشبهة
ما اشبه الحقيقة لا الحقيقة الا ترى انه لو قال امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد
فكذا اذا قال استأجرتك او خذي هذا لاطأك او مكنيني من نفسك بكذا ولان المستوفى
بالوطء منفعة حقيقة وان كان في حكم العين شرعا فاعتبار الحقيقة يقتضي ان يكون محلا
للاجارة فاورث شبهة بخلاف ما اذا استأجرها للطبخ او للخبز لان العقد ثم لم يضف
الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى المحل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل اخر
قال وباكراه اي لا يجب الحد بالزنا باكراه وهذا اذا اكرهه السلطان
وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول يجب الحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا من
الرجل لا يكون الا بعد انتشار الالة وذلك دليل الاختيار والطواعية فلا يسقط
الحد بخلاف المراة حيث لا تحد لانه لم يوجد منها دليل الاختيار ولانها مرخص لها
هذا الفعل اذا خافت على نفسها او عضو من اعضائها لكون نسب الولد لا ينقطع عنها
ولهذا يوجب القاصر من الاكراه في حقها شبهة ولا عقوبة في المرخص بخلاف الرجل
لانه ليس بمرخص له فيمكن ترتب العقوبة على فعله ثم رجع وقال لا يحد لانه شرع للزجر
وهو منزجر وانما اقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمراة والانتشار
الالة لا يدل على الاختيار لانه قد يكون طبعا كما يكون طوعا الا ترى ان النائم
قد تنتشر الته وان لم يكن له قصد واختيار وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما لا يحد لتحقق الاكراه من غيره لان المعتبر خوف التلف وذلك
لا يختلف بين قادر وقادر وفي غير السلطان اظهر لانه يكون على عجلة خوفا على
نفسه من اولي الامر فيستعجل قبل ظهور الامر ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكراه من
لا يدوم الا نادرا لان المبتلى به يستغيث بالسلطان او بجماعة المسلمين او يدفعه
عن نفسه بالسلاح او بالحيل وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
فكان في زمنه للسلطان قوة ولا يستجري احد على الاجتماع على الفساد وفي
زمنهما ظهرت القوة للمفسدين فافتى كل واحد منهم على ما شاهد في زمنه
وزماننا كزمانهما او افسد فنفتي بقولهما ولذلك اطلقه في المختصر ولم يقيده بالسلطان

قال وباقرار

قال وباقرار ان انكره الاخر اي لا يجب الحد باقرار احد الزانيين اذا انكره
الاخر وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان ادعى المنكر منهما
الشبهة بان قال تزوجته فهو كما قال وان انكر بان قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط
الحد وجب على المقر الحد دون المنكر وجه الوفاقية ان دعوى النكاح تحتمل
الصدق والنكاح يقوم بالطرفين فاورث شبهة فيسقط الحد ولهما في الخلافية
ما روي عن سهل بن سعد ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال انه زنا بامراة
سماها فارسل النبي صلى الله عليه وسلم الى المراة فدعاها فسألها عما قال فانكرت
فحده وتركها رواه احمد وابو داود ولان اقرار المقر حجة وتكذيب غيره لا يوجب
تهمة في اقراره خصوصا في الحدود فصار كما لو قال انا وفلان قتلنا فلانا عمدا وانكر
شريكه فان المقر يقتص منه فكذا هذا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الزنا فعل مشترك
بينهما فاذا نفاه احدهما يورث شبهة في الاخر اذ لا يتصور الا منهما
بخلاف مسئلة القتل لانه يحتمل ان ينفرد به المقر لانه يتحقق من واحد ونظيره ان يقر
بالزنا على نفسه وعلى رجل اخر بان يقول زنيت بها انا وفلان ولان المنكر يحتمل ان
يكون صادقا بانكاره فيورث شبهة في حق الاخر كما اذا ادعى احدهما النكاح
بخلاف ما اذا اقر انه زنا بغائبة او شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل ان
ينكر الغائب الزنا او يدعي النكاح لانه لو حضر وانكر الزنا او ادعى النكاح يكون
شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة
ثم اذا سقط الحد يجب المهر تعظيما لامر البضع شرعا ولا يقال كيف يجب لها المهر
وهي تنكره اذا كانت هي المقرة بالزنا لانا نقول وجوب المهر من ضرورات سقوط
الحد فلا يعتبر ردها او نقول صارت مكذبة شرعا بسقوط الحد فلا يلتفت الى تكذيبها
كما اذا ادعى رجل انه تزوج امراة فانكرت واقام عليها البينة يجب لها المهر
وان انكرت لما ذكرنا فكذا هنا **قال** ومن زنا بامة فقتلها لزمه الحد والقيمة
مراده قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها
الحد بالزنا والقيمة بالقتل كما اذا زنا بها ثم حز رقبتها ولا يقال لما ماتت
بفعل الزنا صار الزنا قتلا فيوجب ان لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا
كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا وسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس
من الدية او القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس
واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا وتدخل
ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين

في حقه

يختلف احدهما بالزنا والاخر باتلاف النفس فصار كمن شرب خمر الذمي فانه يحد
ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرير
ضمان القيمة عليه يملكها اياها بفعل الزنا سبب لملكها اياها لان المضمونات
تملك عنده اذا الضمان مستندا الى وقت سبب الضمان فصار كما لو غصب جارية وجوده
فزنا بها ثم ضمن قيمتها فانه يسقط الحد فكذا هنا ولان اعتراض الملك قبل اقامة
الحد يسقطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك
لانه ليس ضمان مال وانما هو ضمان الدم وهو بمقابلة الادمية وهي لا تقبل
الملك ولهذا اوجب على العاقلة مقسطا على ثلث سنين ويجب به الكفارة ولو كان
ضمان ملك لما وجب على العاقلة ولا الكفارة بخلاف ضمان الغصب لانه ضمان المال
ولهذا اوجب على الغاصب وحده دون عاقلته ولا نسلم ان اعتراض الملك قبل
اقامة الحد يوجب سقوط الحد وانما سقط في السرقة لان الخصومة فيها شرط
فيه لا في حد الزنا ولو استند الملك كان ان يظهر في حق القائم وهو العين
لا في حق المتلاشي وهو المستوفى من منافع البضع فلا يظهر الاستناد في حقه كما
لتعلقه حتى يجعل كانه استوفي ملكه بل المستوفى حرام محض فلا تملك العين بعد الموت
ولان وجوب القيمة يكون بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل الملك بخلاف
ما اذا ذهب عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك يثبت في
الجثة العمياء بضمان القيمة وهي عين قائمة فاورثت شبهة دارئة للحد اذ العين باقية
فامكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها او
اشتراها بعد ما زنا بها او زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها وقد بينا الوجه من
الجانبين وان جنت الامة ثم زنا بها ولي الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص
بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها في هذه
الصورة فاورث شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى بالجناية
يجب عليه الحد بالاتفاق لان الجاني لم يملك الجثة وان دفعها ففيه الخلاف والوجه
ما بينا ولو زنى بالحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك
بالضمان ولو زنى بكبيرة فافضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة
فعليهما الحد ولا شيء عليه في الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان كان
مع دعوى شبهة فلا حد ولا شيء في الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير
دعوى شبهة فعليه الحد دون المهر لها ثم ينظر في الافضاء فان لم يستمسك بولها
فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد

وضمن له

وضمن ثلث الدية لما ان جنايته جائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما وان كان
البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية وان لم يستمسك
فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد رحمه الله لما نذكر وان
كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة فيما ذكرنا الا في حق سقوط الارش برضاها
وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر
كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الايلاج في قبل مشتهاة
ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة والوطي الحرام في دار الاسلام يوجب المهر
اذا انتفى الحد فيجب وثلث الدية لكونه جائفة على ما بينا وان كان لا يستمسك ضمن
الدية ولا يضمن المهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يضمن المهر ايضا لما ذكرنا ولهما ان الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه
وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل اذا كانا في عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان
ثم قطع كفه قبل البرء يدخل ارش الاصبع في ارش الكف ويسقط احصانه بهذا
الوطي لوجود صورة الزنا وهو الوطي الحرام وفي المحيط لو كسر فخذ امرأة في
الزنا او جرحها ضمن الدية في ماله وحد لانه شبه العمد وفي شبه العمد تجب الدية
في ماله يعنى به فيما دون النفس قال والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال
لا بالحد يعني مثل حد الزنا وشرب الخمر والقذف لان الحد حق الله وهو المكلف
باقامتها لانه من الاربعة المفوضة الى الامام على ما بينا ولا يقدر على اقامته على
نفسه لان اقامتها بطريق الخزي والنكال لينزجر ولا يفعل ذلك احد بنفسه ولا
ولا يد له ينزجر بمعاقبته نفسه اذ لا يخاف من نفسه فلا يفيد وفعل نائبه كفعله لانه بامره
فاذا لم يفد لا يشرع لان الاسباب لا تشرع لاحكامها فاذا لم يفد احكامها لا يكون
مشروعة ولهذا لم يشرع في دار الحرب ثم بعد ذلك لا ينقلب موجبا لانه انعقد
غير موجبة كمن زنى في دار الحرب ثم خرج الينا بخلاف حقوق العباد كالقصاص
والاموال لان حق الاستيفاء لمن له الحق ولا يشترط فيه القضاء بل لو استوفاه صاحبه
جاز وانما يحتاج الى الامام ليمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه
كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك فكذا هنا يمكن استيفاؤه
من الامام اما بتمكينه هو بنفسه او بالاستعانة بمنعة المسلمين عليه والله اعلم

باب الشهادة على الزنا

والرجوع عنها قال رحمه الله شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف

لم يحد معناه اذا لم يمنعهم عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم
شهر روي ذلك عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وابو حنيفة رضي الله عنه لم يقدره بشي
وفوضه الى راي القاضي على ما هو دابه في المقدرات المترددة بين القليل والكثير
واشار في الجامع الصغير الى انه مقدر بستة اشهر فانه قال واذا شهد عليه الشهود
بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يوخذ به ويضمن السرقة وكذا اشار
الطحاوي اليه والاول اصح وهو مروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه لان الشهر وما فوقه
اجل وما دونه عاجل اصله مسئلة اليمين فيما اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا
فان قضاه فيما دون الشهر بر والا فلا وحد التقادم في شرب الخمر والسكر بغير
انقطاع الرائحة خلافا لمحمد رحمه الله فهو يجعله كغيره من الحدود على ما يجي في موضعه
والاقرار لا يمتنع بالتقادم خلافا لزفر رحمه الله فهو يعتبره بالبينة التي هي احدى
الحجتين وقال الشافعي رحمه الله لا تبطل الحدود بالتقادم لان الشهادة انما صارت
حجة باعتبار وصف الصدق وتقادم العهد لا يخل بالصدق فلا يخرج من ان يكون
حجة كالاقرار وحقوق العباد ولنا قول عمر رضي الله عنه ايما قوم شهدوا
في حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان
الشاهد متى عاين الزنا ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة اداء الشهادة ليقام
الحد فيحصل الانزجار لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم
فان الشرع ندب اليه قال صلى الله عليه وسلم من ستر على اخيه المسلم عورة ستر
الله عليه عوراته يوم القيمة وقال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين
امنوا لهم عذاب اليم وتاخيرهم الاداء لا يخلو اما ان يكون للستر او لا فان كان
للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون فيها ولا شهادة
للمتهم وان كان لا للستر صاروا اثمين فاسقين بالتاخير لان اداء الشهادة
من الواجبات وتاخيرها فسق ولهذا لو اخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي
بلا عذر لا تقبل شهادته بخلاف الاقرار لان تهمة الضغينة لا تتصور فيه لانه لا يعادي
نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق بخلاف حد القذف وحقوق العباد لان
الدعوى شرط فيها فالتاخير لعدم الدعوى اذ لا تصح بدونها فكانوا معذورين بالتاخير
فان قيل الدعوى شرط في السرقة ومع هذا لا تقبل الشهادة فيها بالتقادم قلنا
الدعوى ليست بشرط في الحد وانما تشترط للمال ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة
بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجي المسروق منه وانما لا تقبل
لاحتمال ان يكون المسروق ماله لا يعرف السارق فيتهمون بالتاخير فلا تقبل شهادتهم

فان النكاح الفاسد يسقط بعقاده

علمه ح

ولان السرقة تقام على وجه الاستسرار على غرة من المالك فيجب على من عرف اعلامه
فيصير فاسقا بالكتمان ولان الحكم يدار على كونه حقا لله تعالى فلا يعتبر التهمة في كل
فرد من افراده اذ التهمة امر باطن لا يوقف عليه فيكتفى بالصورة لان الحد يسقط
بصورة الشبهة كما يسقط بمعناه ودعواه يسقط بصورته ثم التقادم كما يمنع قبول
الشهادة في الابتداء يمنع بعد القضاء حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد
تقادم العهد لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود بدليل عمى الشهود
وردتهم بعد القضاء قبل الامضاء حيث يسقط الحد عن المشهود ولا يجب الحد على الشهود
لان سقوط الحد عن الزاني لنوع شبهة ولا يصلح ذلك لايجاب الحد على الشهود **قال**
ويضمن المال اي اذا لم يقبل شهادتهم بالسرقة المتقادمة في حق الحد لكونه حق الله
تقبل في حق المال ويضمنه لان التقادم يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال
لعدم التهمة ولان المال يثبت مع الشبهة ايضا فصار نظير ما لو شهد رجل وامراتان
بالسرقة فانه يجب فيه المال ولا يجب القطع **قال** ولو اثبتوا زناه بغائبة
حد بخلاف السرقة وكذا اذا اقر انه زنا بغائبة لانه صلى الله عليه وسلم رجم
ماعزا والغامدية حين اقرا بالزنا بغائبين ولان الزنا قد ثبت بالحجة فيجب الحد
بخلاف ما اذا شهدوا انه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تعدم
الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا ولانهم يشهدون في السرقة بثبوت الملك
للغائب في المال المسروق ولا يقدرون على ذلك الا بحضرته فان قيل ينبغي ان لا يحد
في الزنا ايضا حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يدعي النكاح فيكون شبهة قلنا دعوى النكاح
شبهة لاحتمال الصدق فيعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر لان اعتبارها
يودي الى سد باب الحدود ولا يقال ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين وكان
احدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب لانا نقول
العفو حقيقة المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة **قال**
وان اقر بالزنا بمجهولة حد وان شهدوا عليه بذلك لا كما لو اختلفوا في طوعها او في
البلد ولو على كل زنا اربعة اي لو اقر انه زنا بامراة لا يعرفها يجب عليه الحد وان
شهد عليه الشهود بذلك بان قالوا انه زنا بامراة لا نعرفها لا يجب عليه الحد كما لا يجب
عليه اذا اختلفوا في طواعيتها بان قال اثنان انه زنا بفلانة واكرهها وقال اخران
انها طاوعته او في البلد بان قال بعضهم انه زنا بها بالكوفة وبعضهم انه قال زنى بها
بالبصرة وان تم في كل زنا اربعة اما الاول وهو ما اذا اقر انه زنى بمجهولة فلانه
لو كانت امراته او امته لعرفها لانه لا يخفى عليه امراته ولا امته فان قيل قد يشتبه عليه

امرأته بأن لم تزف عليه قلنا الانسان لا يقر على نفسه كاذبا ولا حال الاشتباه
فلما اقر انتفى كون الموطوءة امرأته ولا نعتبر الاحتمال البعيد بان تكون امته بجهة
من الجهات كالارث ولا يعرف ذلك او بالتوالد من مملوكاته او مملوكات ابائه
لان ذلك يؤدي الى انسداد باب اقامة الحدود لان ذلك يحتمل في المعروفة
ايضا كما يحتمل ان يكون في المجهولة واما الثاني وهو ما اذا شهد الشهود عليه
بذلك فانما لا يحد لانه يحتمل ان تكون امرأته او امته بل هو الظاهر لان المسلم
يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوءة
ان يكون زنا بخلاف ما اذا لم يعرفها الزاني واما اذا اختلفوا في طوع المرأة فلانه زنا ان
يختلفان ولم يكمل في كل واحد منهما نصاب لان زناها طوعا غير زناها مكرهة
فلا يحد وهذا عند ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لان
الشهود اتفقوا على انه زنا وتفرد اثنان منهم بزيادة الاكراه وجوابه ما ذكرناه
ولان الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد
في كل منهما نصاب الشهادة ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا
خصمين فيه ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه
لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت
مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب
للحد وهذا شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان
ذكره في الكافي وهذا التخريج يستقيم على قولهما واما على قول ابي حنيفة رضي الله عنه
فاتفاق الشهود الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من ان
يكون قذفا على ما بين من قريب وفائدة اختلاف الطريق يظهر فيما اذا شهد ثلثة انها
طاوعته وشهد واحد انه اكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما
يقام على الثلاثة لانهم قذفة ولم يسقط احصانها بشهادة الفرد واما اذا اختلفوا
في البلد فان لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بان شهد اثنان انه زنا بها
بالكوفة واثنان انه زنا بها بالبصرة فلا اشكال انه لا يجب عليهما الحد لان المشهود
به مختلف لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولم يتم في كل واحد منهما نصاب فلم
يثبت فلم يحدا ولا يحد الشهود ايضا وقال زفر رحمه الله يحدون لان العدد لم
يتكامل في كل زنا فصاروا قذفة ولنا ان كلامهم وقع شهادة صورة لاستجماع
شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتمام العدد في حق المشهود عليه وان لم يتم
في حق المشهود به فاعتبرنا تكامل العدد في المشهود عليه فلا يجب الحد على قاذفه اعتبارا

حقم

للصورة

للصورة واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به فقلنا لا يجب عليهما حد الزنا
اعتبارا للحقيقة وعلى هذا الخلاف اذا جاء القاذف باربعة شهدا فشهد اثنان
انه زنى في بلد وشهد اخران انه زنا في بلد اخر وظاهر الاية يقتضي سقوط الحد عن
القاذف وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا
شرط شهادة الاربع لسقوط الحد والاحصان مطلقا وقد وجد وان تم نصاب
الشهادة بالزنا في كل بلد بان شهد اربعة بانه زنا بها بالبصرة واربعة بانه
زنا بها بالكوفة فالمسألة محمولة على ما اذا ذكروا وقتا واحدا بان شهد كل طائفة
بانه زنا بها وقت طلوع الشمس في يوم الخميس مثلا لانا نتيقن بكذب احد الفريقين
لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين ولا يعرف الصادق
من الكاذب فيعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض او لتهمة الكذب فيهما نزنا
ولا يحد الشهود ايضا لما ذكرنا آنفا وهنا اظهر لان كل واحد من الزنا تم
فيه نصاب الشهادة ويحتمل صدق احد الطائفتين فلا يحدون مع الاحتمال قال
ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا
في زاوية وكان البيت صغيرا وان كان كبيرا لا يقبل ذكره في المحيط والقياس ان
لا يقبل كيف ما كان لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن
بان يكون ابتدا الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية اخرى بانتقالهما اليه بالاضطراب
او يحتمل ان يكونا في وسط البيت فحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في
المؤخر فيشهد كل واحد منهم بحسب ما عنده وكذلك لو اختلفوا في ساعتين من
يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتد الزنا اليهما يقبل لامكان التوفيق وان اختلفوا
في الثوب الذي كان عليه حال الزنا يقبل لان التوفيق ممكن بان يكون عليه
ثياب فيعاين كل فريق غير الذي عاينه الاخر او يحتمل انه اخذ في العمل في ثوب
ثم لبس اخر وهو على حاله وفيه خلاف زفر رحمه الله وعلى هذا لو اختلفوا في لون
المزنية او في طولها او قصرها يقبل والاصل في هذا انه مهما امكن التوفيق
يصار اليه لان التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد اصلا لاحتمال
ان كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به اصحابه قال ولو شهدوا
على زنا امرأة وهي بكر او الشهود فسقة او شهدوا على شهادة اربعة وان شهد الاصول
لم يحد احد يعني لم يحد الزانيان ولا الشهود في هذه الصور كلها اما في الصورة الاولى
فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما ولا على الشهود
لان عددهم متكامل وانما سقط الحد عنهما بقول النساء انها بكر وقولهن حجة في اسقاط

في اسقاط الحد لا ايجابه وكذلك اذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد
لظهور كذبهم ولا يحد الشهود ايضا لتكامل عددهم ولفظ الشهادة صورة ولان الحد
يجب لدفع العار عن المقذوف في موضع التهمة وههنا لا يلحقه العار لعدم التهمة ونظيره
اذا شهدوا على امراة بالزنا فوجدت رتقا لا يجب الحد عليها ولا على الشهود لما ذكرنا
في البكر والمجبوب واما اذا كان الشهود فسقة فلان الفاسق من اهل التحمل والادا
وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضي بشهادته نفذ عندنا
لما عرف في موضعه فثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية ولا يثبت من وجه
باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليه باعتبار عدم الثبوت ويسقط باعتبار
الثبوت ولهذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على المقذوف بالزنا يسقط عنه الحد
بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على ان الاولياء قد (القتول)
عفوا لان وجوب القود بالقتل متيقن به فلا يسقط بالشك والاحتمال وحد القذف
لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة لان الله تعالى علقه به بقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء الاية عطفه على الشرط والمعطوف
على الشرط شرط فكان العجز شرطا للوجوب واما القود فمرتب على نفس القتل بقوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى فظهر ان السبب الموجب نفس القتل وتقرر فلو سقط بعد
ذلك انما يسقط بقبول شهادتهم وليس لهم شهادة ملزمة وهذا لان العفو مسقط
بعد الوجوب وليس بمانع من الوجوب بخلاف حد القذف فان الشهادة فيه تمنع الوجوب
وهو نفي ما كان على ما كان والعجز موجب فلم يتحقق بالعجز مع شهادتهم فلا يجب واما
اذا شهد اربعة على شهادة اربعة فلما فيها من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب
فيها في موضعين في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع او لان الكلام اذا تداولته
الالسن يمكن فيه زيادة او نقصان ولا يمكن التحرز عنها عادة ولان الشهادة على الشهادة
على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى الابدال لانها (البدل)
مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا وانما حكوا
شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل والاهلية
موجودة وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لاثباته ولو
جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا ايضا
وهو المراد بقوله وان شهدوا الاصول لم يحد احد وانما لم تقبل لان شهادتهم قد
ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر
والتحمل والشهادة متى ردت لتهمة لم تقبل في عين تلك الحادثة ابدا وانما تقبل في الحال

شهادة الاصول بعدما ردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم ترد حقيقة وانما
حصل فيها شبهة الرد والمال يثبت مع الشبهة دون الحد ولا يحد الاصول ايضا لما
ذكرنا ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده ابدا
هذا اذا ردت شهادتهم لتهمة مع الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد
والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام لزوال المانع ولو
شهد اربعة على رجل بانه زنا بفلانة ثم شهد اربعة اخرون ان هولاء الشهود هم
الذين زنوا بها فلا يحد احد منهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يحد الفريق
الاول من الشهود حد الزنا ولا يحد الرجل المشهود عليه لان الشهود الثاني جرحوا
الشهود الاول بفعل الزنا وقد ثبت عليهم ذلك وعلى المراة بشهادتهم فيحدون حد
الزنا ثم لا تقبل شهادتهم لثبوت فسقهم بالزنا فلا يحد الرجل المشهود عليه الاول
وله ان مثل هذا الكلام يراد به النفي عن الاول واثبات ذلك بعينه للثاني عادة
كما اذا قال زيد دخل عمرو الدار وقال اخر زيد هو الذي دخل الدار فالشهود
الاول اثبتوه على المشهود عليه والشهود الثاني نفوه عنه واثبتوه على الشهود
والفعل الواحد لا يتصور ان يفعله شخصان ويحتمل ان يكون احد الفريقين صادقا
والاخر كاذبا ولا يعرف ذلك بعينه فاورث شبهة فلا يحدون حد القذف ولا
حد الزنا لذلك فصار نظير ما لو شهد اربعة بالزنا على رجل في بلد عند طلوع
الشمس وشهد اربعة اخرون انه زنى ببلد اخر في ذلك الوقت على ما بينا من قبل
وعلى هذا لو شهد اربعة على رجل وامراة بالزنا وشهد اربعة اخرون على الشهود
بانهم هم الذين زنوا بها وشهد اربعة ايضا اخرون على الشهود الثاني بانهم هم
الذين زنوا بها لا حد على الكل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يحد الرجل والمراة
والفريق الاوسط من الشهود حد الزنا لان الفريق الاوسط صاروا فسقة بشهادة
الفريق الاخير بالزنا عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الاول وصاروا قذفة لهم
الا انه لا يجب عليهم حد القذف لكمال النصاب على ما بينا من قبل ويحدون حد الزنا
لثبوته عليهم بالشهود الاخير **قال** ولو كانوا عميانا او محدودين او ثلثة
حد الشهود لا المشهود عليه لان شهادة العميان او المحدودين في القذف لم يثبت بها
المال مع انه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات بعد الثبوت وشهادة
الثلثة قذف لانه لم يكمل النصاب لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها من ان يكون قذفا
باعتبار الحسبة ولا حسبة عند نقصان العدد فيحدون وحد عمر رضي الله عنه الثلثة
الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة رضي الله عنه وهم ابو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الازرق

بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا قال ولو وجد فوجد احدهم
عبدا او محدودا في قذف حدوا لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة على ما بينا قال وارش
ضربه هدر وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
ارش الضرب ايضا على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب يجب الدية في بيت المال
عندهما خلافا له وعلى هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد جرحته السياط او مات من
الضرب لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون اما الرجم فلانه حصل بقضاء القاضي وهو
خطاؤه وخطاه في بيت المال لانه عمله نفع للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وهذا
بالاجماع واما ارش الضرب فلهما ان الجرح اضيف الى شهادتهم لان الواجب بشهادتهم
مطلق الضرب والاحتراز عن الجرح ممكن فينتظم الجارح وغيره فيكون الكل مضافا الى غيره
شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لان فعل الجلاد ينتقل
الى القاضي وهو عامل للمسلمين فصار كالرجم والقصاص وهذا لان الامام لا يلزمه ضمان
ما اخطأ فيه وانما يلزم من وقع فعله له وفعله هنا وقع لعامة المسلمين فيجب ضمانه عليهم
وما لبيت المال لهم فيجب فيه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المستحق هو الجلد حدا
وهو ضرب مولم غير مهلك ولا جارح ولا يقع جارحا الا لمعنى في الضارب وهو قلة اهتدائه ظاهرا
لذلك فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس من الاقامة
مخافة الغرامة وهذا لانه مامور بالضرب وفعل المامور لا يتقيد بالسلامة بخلاف
الرجم والقصاص لان المستحق بشهادتهم فيها الاتلاف فيجب عليهم ضمانه عند رجوعهم
وعلى بيت المال عند ظهورهم عبيدا لما ذكرنا قال فلو رجع احد الاربعة بعد
الرجم حد وغرم ربع الدية وكذا كلما رجع واحد منهم حد وغرم ربع الدية اما الغرامة
فلان تلف النفس بشهادتهم فاذا اقر انه اتلف بغير حق يجب عليه الغرامة بحسابه من الدية
اذا لم يكن التلف مستحقا بغيره لان في هذا الباب يعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع حتى
لو كان الشهود خمسة فرجع واحد لا شيء عليه لان التلف مستحق بغيره واما الحد فالمذكور
هنا مذهب الثلثة وقال زفر لا يجب الحد على الراجع لانه لو وجب اما ان يجب بالقذف
قبل الرجم ولا سبيل اليه لان من قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف لكونه لا
يورث او بالقذف بعد الرجم فلا سبيل اليه ايضا لان المرجوم لا يحد قاذفه لكونه
مرجوما بحكم الحاكم فيكون شبهة فصار كما لو قذفه غيره ولنا ان كلامه ليس بقذف
للحال لانه انعقد شهادة ووقع الحكم به بهذا الوصف لكنه عند الرجوع ينقلب قذفا
لانه فسخ لشهادته به بعد الوجود فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء فيكون قذفا للحال
وهو محصن في زعمه فيحد بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه مرجوم بحكم الحاكم ولم يوجد

ما يوجب

ما يوجب فسخ الشهادة في حقه لان زعم الراجع يعتبر في حقه لا في حق غيره ونظيره
الطلاق المعلق بالشرط فانه ليس بطلاق للحال لانه اعدام ويصير طلاقا عند وجود
الشرط فان قيل غاية ما فيه انه قذف بعد ما قذفه بانه كان عفيفا وذلك لا يوجب
الحد عليه لرجمه بحكم الحاكم فصار كما اذا قذفه غيره فاقر بانه كان عفيفا قلنا الحجة
ليست بكاملة في حق الراجع لانفساخها في حقه على ما بينا وفي حقه كاملة فلا يعتبر
زعمه فيه وهذا بخلاف ما اذا وجد واحد منهم عبدا حيث لا يحدون لانه لما ظهر
انه عبد تبين ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت فصاروا
قاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ما يجيء ان شاء الله تعالى ولو كان حده الجلد
فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم حد الراجع وحده بالاجماع والفرق لزفر
ان المقذوف حي هنا فيطالب هو بالحد وفي مسئلة الكتاب قد مات بالرجم والحد
لا يورث على ما عرف ولو شهد على رجل اربعة انه زنا بفلانة وشهد عليه اربعة
اخرون بالزنا بغيرها ورجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف
عندهما وقال محمد رحمه الله لا يحدون لان رجوع كل فريق يعتبر في حقهم لا غير
ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بحد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما
وانه قذفه كاذبا قال وقبله حدوا ولا رجم اي لو رجع واحد من الشهود
قبل الرجم حد كلهم ولا يرجم المشهود عليه وقال محمد رحمه الله حد الراجع وحده
ان رجع بعد القضاء وهو قول زفر رحمه الله لان الشهادة تاكدت بالقضاء فسقط
احصانه ثم بالرجوع تنفسخ في حق الراجع فقط كما في المسئلة الاولى ولهما ان الامضاء
من القضاء في حقوق الله تعالى لان المقصود من القضاء اعلام من له الحق بحقه ليستوفيه
منه والله تعالى عالم بالاشياء ولا يخفى عليه خافية فكان المفوض الى الحاكم الاستيفاء
فما لم يستوف لم يستحكم قضاؤه فكان العارض بعد القضاء قبل الامضاء كالعارض قبل القضاء
ولهذا يمنع الامضاء بموت القاضي وعزله وردة الشهود وعماهم وغيبتهم وخرسهم وجنونهم
من ان يكونوا اهلا للشهادة باقامة حد القذف عليهم وغير ذلك مما يمنع القبول
ولهذا لا يجب الحد على المشهود عليه فدل على بطلان الحكم وان رجع واحد منهم قبل
القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله حد الراجع وحده لان رجوع الراجع وحده
لا يصح في حق غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء
به واذا لم يتصل به بقي قذفا على حاله ولا يكون شبهة ولهذا لا يقضى بها بالمال بعد
الرجوع مع انه يثبت مع الشبهة فيحد كلهم بخلاف ما تقدم ولا يقال كيف يجب عليهم
الحد برجوع غيرهم بعد كمال النصاب ولا يواخذ احد بفعل غيره لانا نقول الحد

وجب عليهم بعد قبضهم لا بالرجوع لان الشهادة قذف وانما تخرج من ان تكون قذفا
باتصال القضاء بها وبالرجوع انفسخ القضاء لا غير فصار كما لو امتنع الشاهد الرابع
عن الشهادة ابتداء او رماه بهذا اصحابه **قال** ولو رجع احد الخمسة لا شيء عليه
يعني لو كان الشهود خمسة فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم لا شيء على الراجع من الضمان
والحد لما ذكرنا ان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يقوم بكل الحق
قال فان رجع اخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم
في حقهما واما الغرم فلان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من بقي ببقائه
ثلثة ارباع الحق فيلزمهما الربع فان قيل الاول منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف
يجب عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره قلنا وجد منه الموجب للحد والضمان
وهو قذفه واتلافه بشهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا
زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب **قال** وضمن المزكون دية المرجوم ان
ظهروا عبيدا كما لو قتل من امر برجمه فظهروا كذلك يعني اذا شهد اربعة بالزنا فزكوا
فرجم فظهر الشهود عبيدا يجب الضمان على المزكين كما يجب الضمان على القاتل بضرب عنقه
فيما اذا امر الامام برجمه بعدما شهد عليه اربعة بالزنا ثم ظهر الشهود عبيدا اما
الاول فمعناه اذا رجعوا عن التزكية بان قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لم يضمنوا وان ثبتوا على شهادتهم ولم يرجعوا لم
يضمنوا بالاجماع لانهم اخطاوا فيما عملوا لعامة المسلمين فصاروا كالقاضي ولهما في
الخلافية انهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان ولانهم لو ضمنوا لكان
ضمان عدوان وذلك بالمباشرة او بالتسبب ولم يوجد واحد منهما اما المباشرة فظاهرة
وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود
خيرا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الاحصان ويكون في بيت المال لتبين خطا الامام
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت
كعلة العلة لالزامها القاضي القضاء بالبينة بخلاف شهود الاحصان لان الاحصان
علامة محضة ولهذا يشترط الذكورة في التزكية دون شهود الاحصان على ما ياتي من
قريب والشهادة موجبة للعقوبة وان لم يكن محصنا ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظ
الشهادة او اخبروا لان التزكية لا يشترط فيها لفظ الشهادة وهذا اذا اخبروا بالحرية
واما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا لانهم صادقون في ذلك
اذ الرق لا ينافي العدالة اذ هي اجتناب المحظورات ولكن القاضي اخطا حيث اكتفى بهذا
القدر ولا ضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا

حيا وقد مات وعلى هذا التفصيل لو وجد الشهود كفارا واما الثاني وهو ما اذا امر الامام
برجمه فضرب رجل عنقه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فمعناه قتله عمدا بعد تعديل
الشهود وقضاء القاضي به والقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق
وهذا لان الشهود لما ظهروا عبيدا تبين ان القضاء به لم يصح ولم يصر مباح الدم
وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المامور به الرجم وهذا حز فلم يوافق امر القاضي
ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية في ماله لان
قضاء القاضي نفذ ظاهرا وحين قتله كان القضاء صحيحا فاورث شبهة الاباحة ولانه
قتل شخصا على ظن انه مباح الدم ثم ظهر خلافه فصار كما اذا قتل شخصا على ظن انه
حربي وعليه علامتهم ثم ظهر انه مسلم وانما تجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة
لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح
حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع وفي الكافي وان شهد اربعة
على رجل بالزنا وامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطا بعد الشهادة قبل التعديل
يجب القود في العمد والدية في الخطا على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل
القضاء بالرجم وان قضى بالرجم فقتله رجل عمدا او خطا فلا شيء عليه معناه اذا لم يظهر
الشهود عبيدا ولا كفارا واما اذا وجدوا عبيدا او كفارا فقد بيناه ولو رجمه
كما امر الامام ثم وجد الشهود عبيدا فالدية في بيت المال لان فعله بامر القاضي
فينتقل اليه بخلاف الحز لانه مخالف له ولهذا يؤديه فيه دون الاول **قال**
وان رجم ثم وجدوا عبيدا فديته في بيت المال لانه فعل باذن الامام فينتقل اليه
وقد ذكرناه مرارا **قال** ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم
وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على انفسهم بالفسق لان النظر الى عورة الغير عمدا فسق
وانما نقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل
الشهادة وهو مامور به شرعا قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله وقال تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولا وجه الى التحمل الا بالنظر عمدا لانه قلما يتفق نظر الاربعة جابر
من غير قصد كالميل في المكحلة ولان التعمد فيه للحاجة كالطبيب والخافضة والختان
والقابلة والحاجة اليه هنا باقامة الحسبة وتقليل الفساد في العالم واية
حاجة اعظم منها فكانت اولى بالاباحة **قال** ولو انكر الاحصان فشهد عليه
رجل وامرأتان او ولدت زوجته منه رجم ومعناه ان ينكر الدخول بها بعد وجود سائر
الشروط فاذا جاءت امراته بولد في مدة يتصور ان يكون منه جعل واطئا شرعا لان
~~لا مدة يتصور ان يكون منه جعل واطئا شرعا لان الشارع~~
الشارع اثبت نسب الولد منه وفي مدة يتصور ان يكون

والحكم ثبوت نسب الولد منه حكما بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة وان لم يكن له ولد
من حرة مسلمة عاقلة وانكر الاحصان فشهد به عليه رجل وامراتان يقبل ويرجم
خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن لا يقبل في غير الاموال
وتوابعه وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تغلظ عند وجود الاحصان
فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا يقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء
فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنا عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا يقبل لما فيه
من زيادة العقوبة بتكميل حد الاحرار وهذا لانه شرط في معنى العلة لانه مكمل
للعقوبة والمكمل كالموجب ولانه شرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما
يضاف الى العلة وجوبا وصار العقوبة لا تثبت بالوجوب وانما تثبت بالوجود
والاستيفاء فصار له حكم العلل ولنا ان الاحصان ليس بعلة عقوبة ولا سبب
ولا شرط لان العلة ما يكون موجبا وليس بموجب عقوبة وانما اوجبها الزنا والسبب
ما يكون مفضيا وهو ليس بمقتضي بل هو مانع لان الاحصان عبارة عن الخصال
الحميدة كلها مانعة من القبائح والشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقاده
علة على وجود الشرط ويكون الوجود مضافا اليه دون الوجوب كدخول الدار
في تعليق الطلاق والعتاق واما الزنا قبل الاحصان لم يوجد بصورته حتى ينعقد
علة لوجوب الرجم على وجود الاحصان ولا يضاف وجود الرجم اليه فكان علامة
بمعنى انه معرف لحكمه وهو الرجم اذا وجد منه الزنا والحكم غير مضاف الى العلامة
لا وجوبا ولا وجودا ولا ايضا يعرف بذلك انه غير مكمل للعقوبة فكانت الشهادة
بالاحصان في هذه الحالة بمنزلة الشهادة به في غير هذه الحالة فلا تشترط فيها
الذكورة بخلاف المستشهد به لان العتق تثبت بشهادتهما وانما لا تثبت سبق التاريخ
لانه ينكره المسلم ويتضرر به ولا شهادة للكافر على المسلم فيما ينكره المسلم او
يتضرر به والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وليس فيها شي يوجب عقوبة او ضررا
وانما لا تقبل شهادة النساء في يوجب العقوبة ويستحيل ان يكون الاحصان موجبا
للعقوبة بل هو اوصاف حميدة من الحرية والعقل والبلوغ والتزوج والاسلام
كلها تنافي العقوبة بخلاف التزكية فانها معملة للعلة فكانت بمنزلة علة العلة فلا
يعتبر فيها قول النساء كالشهادة على الزنا ولفظة الشهادة به ان يقول الشهود تزوج
امراة وجامعها او باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما وقال محمد رحمه الله لا
يكفي ولا يثبت بذلك احصانه لان لفظة الدخول مشتركة تستعمل في الوطي وفي الزفاف
والخلوة والزيارة فلا يثبت به الاحصان بالشك كما لو شهدوا انه قربها او اتاها

ولهما

ولهما ان الدخول متى اضيف الى المراة بحرف البا يراد به الجماع قال الله تعالى فان لم
تكونوا دخلتم بهن المراد الجماع وقال صلى الله عليه وسلم فان دخل بها فلها المهر
بما استحل من فرجها اي جامعها وفي العرف اذا قيل فلان دخل بامراة يراد به الوطي
دون الخلوة واذا دخل بها يقال دخل عليها وهو بمعنى الزيارة ولو خلي بها ثم طلقها
وقال وطيتها وانكرت صار محصنا دونها وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية
وقال كانت مسلمة واذا كان احد الزانيين محصنا حد كل واحد منهما حده وان رجع
شهود الاحصان لا يضمنون خلافا لزفر رحمه الله وهو مبني على ما تقدم من انه هل هو
شرط معمل للعلة وهو الزنا ام لا والله اعلم

باب حد الشرب

قال رحمه الله من شرب خمرا واخذ وريحها موجود او كان سكران ولو بنبيذ وشهد
رجلان او اقر مرة حد ان علم شربه طوعا وصحا لحديث انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم اتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو اربعين قال وفعله ابو بكر فلما
كان عمر رضي الله عنه استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون
فامر به عمر رضي الله عنه رواه احمد ومسلم وابو داود والترمذي وصححه وقال
صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه الى ان قال في الرابعة فاقتلوه
رواه ابو داود وغيره قال الترمذي انما كان هذا في اول الامر ثم نسخ لانه صلى الله عليه
وسلم اتي برجل شرب الخمر فجلده ثم اتي به فجلده الى ان جلده اربع مرات ورفع القتل رواه
ابو داود والترمذي بمعناه وقال صلى الله عليه وسلم في السكران ان سكر فاجلدوه
ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه ابو داود واحمد
وغيرهما وقال الزهري واتي النبي صلى الله عليه وسلم بسكران في الرابعة فخلى سبيله وشرط
ان يكون شربه طائعا لان الشرب مكرها لا يوجب الحد وشرط ان يكون صاحيا ليفيد الضرب
وهو الحد فائدته والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة على ما يجي في موضعه ان شا
الله تعالى واحترز بقوله او اقر مرة من قول ابي يوسف رحمه الله فانه يشترط الاقرار مرتين
اعتبارا بالشهادة كما في الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره
قال وان اقر او شهدا بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة او وجد منه رائحة الخمر
او تقياها او رجع عما اقر او اقر سكران بان زال عقله لا اي لا يجب عليه الحد في هذه
الصور كلها اما اذا اقر بعد ذهاب ريحها او شهد عليه الشاهدان بذلك فللتقادم
وهو مقدر به وهو زوال الرائحة عندهما خلافا لمحمد رحمه الله فانه يقدر التقادم بمضي

الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما في الزنا وغيره من الحدود وان اقر به يصح مطلقا ولا يبطل بالتقادم اعتبارا بما ذكرنا في الحدود وهذا لان الاخبار يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قال الشاعر

يقولون لي انكه شربت مدامة ... فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

ولهما قول ابن مسعود رضي الله عنه فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر رضي الله عنه انه اتي برجل قد شرب الخمر بعد ما ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال بنفي الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد لانا نقول لا بل هو استدلال بعدم الاجماع لان ثبوت هذا الحد كان باجماع الصحابة رضي الله عنهم وكان اجماعهم برأي عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند عدم الرائحة ومطلق قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه ايضا باجماعهم ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب فيقدر به بخلاف غيره من الحدود لعدم الاثر فيها فيتعذر اعتباره والتمييز ممكن لمن يعرف وانما يشتبه على الجهال وكونه مقرا لا ينافي التاكيد باشتراط الرائحة كما لا ينافي التاكيد في الزنا باشتراط التكرار ثم تشترط (الرائحة) وجودها عند التحمل حتى لو اخذوه وريحها يوجد منه ثم انقطعت قبل ان ينتهوا به الى الامام لبعد مسافة يجب الحد واحترز منه بقوله بعد مضي ريحها لا لبعد مسافة ولو جاؤوا به سكران يشترط فيه وجود الرائحة لما ذكرنا ذكره في النهاية واشار في الهداية الى انه لا يشترط واما اذا وجد منه رائحة الخمر او تقيأها فلانه يحتمل انه شربها مكرها او مضطرا والرائحة محتملة ايضا فلا يجب الحد بالشك وكذا اذا وجد سكران لا يحد لاحتمال ما ذكرنا ولاحتمال انه سكر من المباح واما اذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لانه يحتمل ان يكون صادقا فصار شبهة والحدود تندرئ بها واما اذا اقر وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب وفي اقراره زيادة الاحتمال فاورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا والشرب ونحوهما الا انه يقبل اقراره في السرقة في حق المال لانه من حقوق العباد ولان السكران لا يكاد يثبت على شيء فاقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص وغيرهما من حقوق العباد لانه لا يحتمل الرجوع وبخلاف ما اذا زنى او سرق او شرب في حالة السكر حيث يجب عليه الحد لان الافعال لا تحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما ينفذ من غير قصد واعتقاد بخلاف ارتداده حيث لا يعتبر ولا تبين منه امراته به لعدم القصد والاعتقاد وهو شرط فيه وعند ابي يوسف رحمه الله ارتداده

كفر

كفر ذكره في الذخيرة ولو اسلم ينبغي ان يصح كاسلام المكره وهذا اذا سكر بالمحرم واما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء فلا يعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية ثم بين حد السكران بقوله بان زال عقله وهو ان لا يعرف الارض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعرف شيئا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو من يهذي ويخلط جده بهزله لانه هو السكران في العرف الا ترى الى ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون سوطا وله ان الحد عقوبة فيعتبر انهاؤه في سببه احتيالا للدرء ولان السكران يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز اصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة الصحو الا ترى الى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون عبر عن الصحو بعلم ما يقولون فكان السكر ضده وهو عدم العلم بما يقولون وعلى قولهما اكثر المشايخ والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاتفاق للاحتياط في الحرمات وعند الشافعي رحمه الله المعتبر ظهور اثر السكر في مشيه وحركاته واطرافه وهذا مما يختلف بالاشخاص فان الصاحي ربما يتمايل في مشيه والسكران قد لا يتمايل ويمشي مستقيما **قال** وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا وقال الشافعي رحمه الله اربعون لما روينا في اول الباب من حديث انس رضي الله عنه ولما روي عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بالجريد والنعال وضرب ابو بكر اربعين متفق عليه وعن علي رضي الله عنه انه امر ان يضرب شارب الخمر اربعين ولنا قول علي رضي الله عنه انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون جلدة رواه الدارقطني ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وما رواه محمول على انه كان بجريدتين والنعلين فيكون كل ضربة بضربتين فكان حجة لنا والذي يدل على هذا قول ابي سعيد جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر بنعلين فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه جعل بدل كل نعل سوطا رواه احمد والجريدتان فيما روي عنه صلى الله عليه وسلم منصوص عليهما وفي الصحيح ان عثمان رضي الله عنه امر عليا رضي الله عنه ان يجلد الوليد ثمانين وفي رواية اربعين ووجه الجمع بينهما ما رواه ابو جعفر محمد بن علي ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان رواه الشافعي في مسنده وكل ما ورد في هذا الباب من ضربه اربعين سوطا محمول على ذلك ولهذا جلده عمر رضي الله عنه ثمانين بعد ما استشار الناس **قال** وللعبد نصفه لما روي عن ابن شهاب انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني ان عليه نصف حد الحر وان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف الحد في الخمر رواه مالك في الموطا ولان الرق منصف على ما عرف من قبل **قال** ويرد

عليه لان كحد الزنا لان تكرار الضرب في موضع واحد قد يفضي الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا ويتوقى المواضع التي استثنيناها في حد الزنا لما ذكرنا هناك وينزع عنه الفرو والحشو لانهما يمنعان ايصال الالم الى البدن ويجرد عن ثيابه في المشهور عن اصحابنا مبالغة في الايلام لان سببه متيقن به كحد الزنا بخلاف حد القذف لان سببه غير متيقن به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لعدم ثبوته بدليل مقطوع به بخلاف حد الزنا قلنا اظهرنا التخفيف من حيث العدد حيث اوجبنا عليه اقل الحدود عددا واخف من حد الزنا وصفا فلا يخفف ثانيا بترك التجريد

باب حد القذف

وهو في اللغة عبارة عن الرمي مطلقا ومنه القذافة والقذيفة للمقلاع والتقاذف الترامي وفي الشرع رمي مخصوص وهو الرمي بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال لي بينة حاضرة في المصر امهله القاضي الى اخر المجلس وعن ابي يوسف رحمه الله انه يؤخره الى المجلس الثاني وجه الظاهر ان السبب قد تحقق وما في التاخير تضرر المقذوف بالعار وفي المجلس بعد تاخيرا كثيرا ضرره الى ان يحضر الجلاد ولو شهدوا عليه بزنا متقادم يسقط الحد عن القاذف استحسانا والقياس ان يحد لان الزنا لم يثبت به وجه الاستحسان ان الشهادة وجدت حقيقة وانما ردت للتهمة فتعتبر للدرء عن الزاني لا للوجوب على القاذف كشهادة الفساق وانما ردت للتهمة **قال** هو كحد الشرب كمية وثبوتا اي حد القذف كحد الشرب عددا وهو ثمانون جلدة وكذا ثبوتا حتى يثبت كل واحد منهما بشهادة رجلين ولا يقبل فيه شهادة النساء لان شهادتهن لا تقبل في الحدود على ما مر في حد الزنا **قال** ولو قذف محصنا او محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا اي بطلب المقذوف مفرقا على الاعضاء القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا باجماع العلماء وفي الاية اشارة اليه حيث شرط اربعة شهداء وهو من خصائص الزنا والنص وان ورد في المحصنات لكن الحكم يثبت في المحصنين ايضا لان المعنى وهو دفع العار يشملهما فكان ثابتا بالنص دلالة وعليه الاجماع وقد روي عن عائشة رضي الله عنها لما نزلت الاية قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلا الاية فلما نزل امر برجلين وامراة فضربوا حدهم رواه ابو داود والترمذي وغيرهما وكانوا قذفوا عائشة رضي الله عنها وان لم يصرح القاذف بالزنا بل قال جامعت فلانة حراما او فجرت بها ونحوه لا يجب عليه

الحد

الحد لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد ولا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح في الزنا لاحتمال ان يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة امه الى الزنا بطريق الاقتضاء والمقتضى اذا ثبت ثبت بما هو من ضروراته فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة وشرط طلبه لان فيه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار عن نفسه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى وانما يفرق على بدنه لما ذكرنا في حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء او مجبوبا لا يجب عليه الحد لانهما لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين وكذا قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه **قال** ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو لانهما يمنعان وصول الالم فينزعان ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه فلا يقام على الشدة ولانه ظهر التشديد عليه من وجه اخر وهو رد شهادته فيخفف عنه من هذا الوجه كيلا يلزم الاجحاف به بخلاف حد الزنا والشرب لان سببهما متيقن به وليس فيهما شيء اخر غير الجلد فيشدد عليهما بالتجريد وزيادة وصف الشدة في الضرب **قال** واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن زنا واراد بالمكلف ان يكون بالغا عاقلا لان الصبي والمجنون لا يتصور منهما الزنا اذ الزنا فعل محرم وذلك بالتكليف ولانهما لعدم عقلهما او لقصوره لا يقفان على عواقب الامور فلا يلحقهما الشين به والعقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ فلا بد منه ولفظ الاحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات اي الحرائر والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن وينتظم العفة ايضا لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف وقيل الحرائر ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا يكون القاذف صادقا فيه والصدق لا يوجب الحد فعند اجتماع جميع ما ذكرنا يجب الحد فيكون الكل وهي خمس شرائط داخلة تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا **قال** فلو قال لغيره لست بابن فلان في غضب حد يعني اذا كانت امه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان من غير ابيه المنسوب اليه كان من الزنا ضرورة اذ لا نكاح لغير ابيه ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بالنكاح او بالوطء بالشبهة لان ذلك احتمال بعيد فلا يصار اليه ولو اعتبر مثله لما وجب الحد ابدا وفيه اثر ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه وشرط ان يكون في غضب لانه في غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة اي انت لا تشبه اباك في المروءة والسخاء فلا حد مع الاحتمال وفي حالة الغضب يراد به

الحقيقة فيحد وعلى هذا لو قال لست ابن فلان لغير ابيه يحد اذا كان في حالة المشاتمة
لان غرضه نفي نسبه ونسبته الى امه الى الزنا وان كان في حالة الرضا لا يحد لان
غرضه ان اخلاقه تشبه اخلاق ذلك الشخص فكانه ابنه فلا يكون قذفا والقياس ان لا
يكون قذفا في الاحوال كلها لما ذكرنا من الاحتمال ولكنا اوجبناه استحسانا في حالة الغضب
لما ذكرنا من الاثر بخلاف ما اذا نفى الولادة عن ابويه بان قال لست بابن فلان ولا فلانة
حيث لا يجب عليه الحد في الاحوال كلها لانه ليس فيه قذف امه لا لفظا ولا اقتضاء لان
نفي الولادة نفي للوطء وفيه نفي الزنا لا اثباته قال وفي غضب لا كنفيه عن جده
وقوله لعربي يا نبطي ويا ابن ماء السماء ونسبته الى عمه وخاله وراية اي في غير الغضب
لا يجب الحد كما لا يجب بنفيه عن جده الى اخر ما ذكر والمراد برابه من رباه وهو زوج
امه فهذه الجملة كلها لا يكون قذفا لما ليس كل واحد منها على الانفراد اما اذا قال
في غير حالة الغضب لست لابيك ونحوه فلما ذكرنا واما اذا نفاه عن جده فلانه صادق
في كلامه فانه ابن ابيه لا ابن جده واما اذا قال لعربي يا نبطي فلانه يراد به التشبيه
في الاخلاق وعدم الفصاحة فلا يكون قذفا الا ترى انه يقال للمصري انت رستاقي
وانت قروي ويراد به ما ذكرنا لا القذف وقال ابن ابي ليلى رحمه الله هو قذف
فيحد فيه لانه نسبه الى غير ابيه والحجة عليه ما بيناه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه وعلى هذا الخلاف لو نسبه
الى قبيلة اخرى غير قبيلته التي ينتسب اليها هو او نفاه عن قبيلته واما اذا قال لرجل
يا ابن ماء السماء فلانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفا وكان عامر بن
حارثة لقب بماء السماء لكرمه وقالوا انه كان يقيم ماله في القحط مقام القطر وسميت
ام المنذر بن امرء القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لاولادها بنو ماء السماء
وهم ملوك العراق واما اذا نسبه الى عمه وخاله ومربيه فلانهم ينسب اليهم عادة
مجازا وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد لهذا المعنى قال الله تعالى حكاية عن
اسرائيل وبنيه عليهم السلام حين حضرته الوفاة قالوا نعبد الهك واله ابائك
ابرهيم واسمعيل واسحاق وابرهيم كان جده واسحاق اباه واسمعيل عمه وقال
تعالى ورفع ابويه على العرش يعني اباه وخالته وقال صلى الله عليه وسلم الخال اب
وقال تعالى حكاية عن نوح عليه السلام ان ابني من اهلي قيل انه كان ابن امراته فاق
ونسبه الى المربي وفي الكتاب دون زوج الام مشيرا الى ان العبرة فيه للتربية
لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه وجب ان لا يحد قال
ولو قال يا ابن الزانية وامه ميتة فطلب الوالد او الولد او ولده اي ولد الولد

حد لانه قذف محصنة بعد موتها ولهؤلاء الذين ذكرهم مطالبة لوقوع القدح في نسبهم
بقذفها فيحد بطلبهم دفعا للعار عنهم ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح
في نسبه وهم الاصول والفروع لانهم يلحقهم العار بذلك وان علوا او سفلوا
لمكان الجزئية فكان القذف متناولا لهم معنى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع
الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالراجع الى
نفسه الا ترى ان ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع التوكيل
من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام وروي عن محمد رحمه الله انه لا تثبت المطالبة
لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا ام امه وجوابه
ما ذكرنا ان الشين يلحقه اذ النسب ثابت من الطرفين ولهذا لو قذفت امه كان له
ان يخاصم ولو كان كما قال لما خاصم فكذا له ان يخاصم بقذف ابيها اذ المعنى
يشملها ولو كان اصل المحصن او فرعه كافرا او عبدا فله ان يطالب بالحد خلافا
لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه فلا يطالب بالحد كما اذا
تناوله صورة ومعنى بان قذف نفسه بل اولى لانه اخف ولنا انه من اهل الاستحقاق
اذ الكفر والرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن الى الزنا فله ان ياخذه بالحد
بخلاف ما اذا قذف نفسه لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار على الكمال لانه يتحقق عند
شرف المنسوب الى الزنا ويثبت لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله
هو يقول ان الشين يلحقه فوق ما يلحق ولد الولد فصار هو معه كالمقذوف مع
ولده فاعتبر هذا بالكفاءة فانه لا حق في الخصومة للابعد مع الاقرب ولنا ان
حق الخصومة باعتبار لحوق العار وهما فيه سوا بخلاف الكفاءة فان الحق فيه باعتبار
الولاية على ما قال صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات ولهذا لا يعتبر الارث
في القذف وهناك يعتبر بخلاف المقذوف حيث لا يكون لاحد معه حق لان حق الخصومة
له باعتبار نيل القاذف من عرضه ولا يزاحمه احد في هذا المعنى ولا يثبت لغيره فيه
حق مع وجوده خلافا لابن ابي ليلى رحمه الله فيما اذا كان المقذوف غائبا هو يعتبره
بموته والحجة عليه ما ذكرنا واعتباره بموته باطل لان بالموت بطلت الاهلية
ولم يرج خصومته بخلاف ما اذا كان حيا ولا يثبت هذا الحق الا للوارث عند
الشافعي رحمه الله حتى لا يكون لابنه الكافر والعبد ولا ولد بنته المطالبة به
وهذا مبني على ان الغالب فيه حق العبد عنده فيورث وعندنا حق الله تعالى ويثبت
الخصومة للعبد باعتبار ما لحقه من الشين كحد السرقة فانه حق الله تعالى وللصاحب
الا الخصومة باعتبار المال قال ولا يطلب ولد وعبد اباه وسيده

انه لأنهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد اولى لعدم السقوط بسببه وكونه حقا
لله تعالى فيحمل على انه صادق بالنسبة الى الزنا ولان ما يجب للعبد يكون حقا للمولى
فلو وجب له على نفسه وهو محال ولو كان لها ابن من غيره او اب ونحوه وليس بمملوك له فله يوجب
ان يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع لان سقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط
حق الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما ان القصاص حق العبد يستحقونه بالميراث
ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر ارثهم فاذا سقط حق بعضهم وهو لا يقبل التجزي سقط
حق الباقين ضرورة واما حد القذف فحق الله تعالى وانما للعبد حق الخصومة اذا
لحقه به شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فبسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط
حق الباقين ولهذا كان للابعد منهم حق مع وجود الاقرب **قلت** ويبطل بموت
المقذوف لا بالرجوع والعفو يعني حد القذف يبطل بموت المقذوف ولا يبطل بالرجوع
عن الاقرار ولا بالعفو وكذا بموته في اثنا الحد يبطل لان فيه حق الله تعالى وحق العبد
فبالنظر الى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع
بخلاف غيره من الحدود وانما قلنا ان فيه الحقين لانه من حيث انه شرع لصيانة عرض
العبد ولدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقا للعبد ومن
حيث انه شرع زاجرا واخلا للعالم عن الفساد صار حقا لله تعالى ولهذا اسمي حدا
فلما تعارضت فيه الادلة تعارضت فيه الاحكام ايضا فمن حيث انه حق الله تعالى لا يباح
القذف باباحته ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه
ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يوخذ منه كفيل الى ان يثبت ولا يورث
ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل ويشترط فيه احصانه
ومن حيث انه حق العبد يشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستامن الحدود
ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع
فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان المغلب فيه حق الله عندنا وعند
الشافعي رحمه الله حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما اجتمع فيه الحقان
ونحن رجحنا جانب المقصود والاستيفاء المقصود منه اخلا العالم عن الفساد فكان
فيه امر كلي يرجع الى حق العامة فكان الغالب فيه حق الشرع وتسميته بالحد تنبي عن ذلك
ولهذا يشترط فيه الاحصان ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط
ولا يستباح بالاباحة وما للعبد من الحق يكون داخلا فيه اذ المقصود واحد فامكن
مراعاته لان ما للعبد يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية للعبد في استيفا

حق الشرع وانما يقدم حق العبد فيما اذا اختلف الحقان ولم يمكن الجمع بينهما وهنا
امكن فلا حاجة اليه وعن ابي يوسف رحمه الله ان عفوه يصح لانه الخصومة به كونه قلنا
هو حق الله تعالى على ما بينا فلا يصح عفوه ويطالب بعده ان شا بخلاف موته حيث لا يطالب
به احد بعده لانه يعقد فيه الحق العار بالمقذوف قصدا او بغيره من الاصول والفروع
تبعا فاذا بطل حقه القصدي بالموت بطل الضمني ضرورة وقال صدر الاسلام ابو اليسر
الصحيح ان الغالب فيه حق العبد لانه هو المنتفع به على الخصوص وقد نص محمد رحمه الله
في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واجاب عن الاحكام التي تدل على انه
حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا فقال في تفويض الاقامة الى الامام لان كل احد
لا يهتدي الى الاقامة وانما لا يورث لكونه مجرد حق كحق الشفعة وشرط الخيار
وكذا لا يجوز الاعتياض عنه لهذا المعنى بخلاف القصاص لانه في معنى ملك العين وانما
لا يصح عفوه لانه مولى عليه في حق الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه في الحقيقة
رضي بالعار والرضا بالعار عار والاول اظهر **قلت** ولو قال زنأت في
الجبل وعنى الصعود حد وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحد لانه نوى ما يحتمله لفظه
وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارقا الى الخيرات
زنا في الجبل اي صعودا وذكر الجبل يقرره مرادا وحرف في لا ينافي الصعود كما في
النبت وكما في قوله تعالى كانما يصعد في السما فاقل احواله ان يورث الشبهة ولابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ظاهر هذا اللفظ للفاحشة لا للصعود وان كان حسبه
يستعمل فيهما فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل وهذا لان المهموز منه لا ينافي الفا
لان من العرب من يهمز الملين فيقال ذأته وشأبه وابياض لالتقا الساكنين ومنهم من يهمز
من غير التقا الساكنين كما يلبنون المهموز كراس وادم ولا فرق بين المهموز والملين ولهذا
لو لم يعن به الصعود يجب الحد اجماعا ولو لم يكن قذفا لو كان محتملا لما وجب وذكر
الجبل انما يعين الصعود اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولان المسئلة مفروضة
في حالة الغضب والسباب ودلالة الحال ترجح جانب الفاحشة واستعمال كلمة في بمعنى
كلمة على مجاز كقوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل فلا تزاحم الحقيقة لانها الاصل
فلا يصار الى المجاز مع امكانها ولا يسمع دعواه ذلك كما لو قال زنيت ثم قال عنيت
به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا يحد لان كلمة على
يستعمل في الصعود وفي الكون فوقه يقال زيد على الفرس وعليه قميص فيعتبر الظاهر
او المحتمل في الحد و دا احتيالا للدر **قلت** ولو قال يا زاني وعكس حد الكل
لو قال لرجل يا زاني وعكس الاخر بان قال لا بل انت حدا ان جميعا لان كل واحد منهما

قذف صاحبه اما الاول فظاهر وكذا الثاني لان معناه بل انت الزاني لان كلمة بل للاضراب
عن جعل الحكم للاول واثباته للثاني وزيدت لا معها لتاكيد معنى الاضراب فيصير قاذفا
قال ولو قال لامراته يا زانية وعكست حدت ولا لعان معنى عكست المراة
بان قالت لا بل انت على نحو ما ذكرنا فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه على ما بينا
فقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فيبدا بالحد لان في البداية فائدة وهو
ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل اللعان ولا ابطال في عكسه اصلا
لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه لا يبطل باللعان والمحدودة لا تلاعن
لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان اذ هو في معنى الحد ولا يقال قد وجد
ما يوجب تقديم الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها له لانا نقول لا عبرة بذلك
الا ترى ان الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة الترتيب بالبداية بمن بدا بالقذف
لعدم الفائدة فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامراته يا زانية بنت
الزانية حيث صار قاذفا لها ولامها فقذفها يوجب اللعان وقذف امها يوجب الحد
فيبدا بالحد لينتفي اللعان على ما بينا قال ولو قالت زنيت بك بطلا
اي لو قالت ذلك جوابا لقوله يا زانية وانما بطل الحد واللعان لانه قذفها
بقوله يا زانية وهي صدقته من وجه بقولها زنيت بك لانه يحتمل انها ارادت
به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها بانها زنت فيسقط اللعان لتصديقها
اياه ويجب عليها الحد لانها قذفته ولم يصدقها هو ويحتمل انها ارادت به حال
قيام النكاح اي زناي هو الذي كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك
ولا حصل مني فعل الزنا وهو المراد في مثل هذه الحالة لانه اغضبها واذاها
فتغضبه وتؤذيه متمسكة بقوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان وسمته زنا للمقابلة
وان لم يكن زنا حقيقة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وكقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فعلى هذا لا تكون مصدقة له ولا قاذفة
له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فاذا كان كل واحد منهما يجب في حال
دون حال لا يجب واحد منهما بالشك وعلى هذا لو قالت له ابتداء زنيت بك ثم
قذفها هو لا يجب على واحد منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا من الاحتمال وكذا لو قالت
زنيت معك بدل قولها زنيت بك للاحتمال الذي ذكرنا ويحتمل ايضا معنى اخر وهو
اني زنيت بحضورك وانت تشهد فلا يكون قذفا له ولو قالت زنيت بك قبل ان تزوجني
تحد المراة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير انها صدقته فيبطل موجب
قذفه ولم يصدقها هو فيجب موجب قذفها ولو كان كلامه مع امراة اجنبية حدت ذلك

المراة

المراة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه مع
الزوجة قال وان اقر بولد ثم نفاه لاعن لان نفي ولد امراته يوجب
اللعان لما ذكرنا في باب اللعان ولم يوجد ما يبطل ذلك من تصديق او تفريق
قال وان عكس حد اي لو عكس الاول بان نفاه اولا ثم اقر بانه
ولده وانما يحد ولا يلاعن لانه لما اقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد
لاكذابه نفسه وهذا لان اللعان حد ضروري صير اليه للتكاذب فاذا بطل
التكاذب بالاكذاب صير الى الاصل وهو الحد قال والولد له فيهما
اي يثبت نسب الولد منه في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا وليس من ضرورة
اللعان نفي نسبه نظيره ما مر في اللعان فيما اذا ولدت توامين فاقر باحدهما ونفى
الاخر قال ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا اي بطل الحد واللعان لانه
انكر الولادة اصلا فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطء فلا يجب بمثله حد
ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبي لست بابن فلان ولا فلانة وهما ابواه لا يجب عليه
شيء قال ومن قذف امراة لم يدر ابو ولدها او لاعنت بولد او رجلا
وطئ في غير ملكه او امة مشتركة او مسلما زنى في كفره او مكاتبا مات عن وفاء لا حد
لوجود الشبهة او لفقد شرطه من احصان المقذوف اما اذا قذف امراة معها ولد
لا يعرف له اب او امراة لاعنت بولد فلوجود امارة الزنا لان الولد الذي ليس
له اب يعرف من الزنا ظاهرا فقد تمكن في احصانها شبهة العدم لفوات العفة
الشهادة ظاهرا والحدود تندرئ بالشبهة ولا فرق بين ان يكون الولد حيا او ميتا لان هذه
الشبهة لا تزول بموت الولد بل تتقرر ولا تخرج هي من ان تكون والدة بموته
بخلاف ما اذا لاعنت بغير ولد حيث يحد قاذفها لعدم امارة الزنا لان اللعان
قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فكان مؤكدا للعفة ولا يقال اللعان
في جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة فوجب ان لا يحد قاذفها لانا نقول
لعانها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره الا ترى ان لعان
الزوج قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها الا ترى ان
شهادته تقبل اذ لو كان محدودا في حق الكل لما قبلت ولان لعانه قائم مقام حد
القذف فيكون مؤكدا للاحصان ولو اكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال
التهمة بثبوت النسب منه واما اذا قذف رجلا وطئ في غير ملكه او امة مشتركة
فلفوات العفة فيكون القاذف صادقا فيه والاصل ان كل من وطئ وطئا حراما
لعينه لا يحد قاذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره حد

قاذفه لانه ليس بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه كالاجنبيه او من وجه
كالامه المشتركه او في الملك والحرمة مؤبدة كامته التي حرمت عليه بالرضاع
او بالمصاهرة بشرط ان يكون ثبوتها بالاجماع او بخبر مشهور عند ابي حنيفه رضي الله
عنه يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه لان التحريم المؤبد ينافي ملك المتعه وان
لم يناف ملك الرقبه فصار الوطي واقعا في غير الملك من وجه فيصير زنا وذكر
الكرخي انه لا يسقط الاحصان به لان الوطي حرام مع قيام الملك فصار كما لو كانت
الحرمة موقتة والصحيح الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة لان المحل لا
يتصور فيه الحل فكيف يكون فيه شبهه الحل ولا كذلك اذا كانت الحرمة موقتة
لان المحل فيه يقبل الحقيقه فيكون شبهه ولا يقال انكم قلتم لا يجب عليه الحد
بوطيها وعلى اعتبار ما قلتم هنا ينبغي ان يجب عليه حد الزنا لوجود الزنا وانتفاء
الشبهة لانا نقول وجود الملك من وجه اثر في سقوط حد الزنا كما اثر عدمه
من وجه في سقوط الاحصان حتى لا يجب على قاذفه حد فاستوى الحكمان في انتفا
الحد وهذا لان المحل لما كان مملوكا له من وجه دون وجه فباعتبار الملك لا يجب
الحد عليه بوطيها وباعتبار عدم الملك لا يجب الحد على قاذفه ومن الحرمة لعينه
جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامه المستحقه والمكره على الزنا ومنها اذا
زنا بامراة ثم اشترى امها او بنتها او تزوجها فوطيها او زنا ابوه بامراة ثم تزوجها
الابن او اشتراها فوطيها لان حرمة المصاهرة بالوطي منصوص عليه بقوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم فلا نعتبر فيه الخلاف وكذا لو تزوج محارمه ودخل عليها
او جمع بين الاختين او غيرهما من المحارم او تزوج امة على حرة فوطيها كل ذلك يسقط
الاحصان لثبوت حرمتهن بالاجماع او بالنص وان كانت الحرمة غير مؤبدة كامته
المزوجه والمجوسية لا يسقط احصانه بوطيها وكذا اذا اشترى امة شرا فاسدا
او كانت في ملكه امتان اختان فوطيها او احديهما او وطي مكاتبته او الحائض او امراته
التي ظاهر منها او المحرمة كل ذلك لا يسقط الاحصان لان ملك المتعه ثابت فيهن
والحرمة عارض على شرف الزوال ولو نظر الى فرج امراة او لمسها بشهوة ثم تزوج
امها او ابنتها او اشتراها فوطيها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما
يسقط لثبوت الحرمة به على التابيد فصار كما لو ثبتت المصاهرة بالوطي وله ان هذه
الحرمة ثبتت بدليل محتمل وهو خبر الواحد او نوع اجتهاد من حيث اقامة السبب
مقام المسبب احتياطا فلا يسقط به الاحصان الثابت بيقين بخلاف ما اذا ثبتت
المصاهرة بالوطي على ما بينا واما اذا قذف مسلما زنا في حال كفره فلانه صادق فيه

وهذا لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان او ذميا في دار الاسلام او في دار الحرب
فيسقط به احصانه واما اذا قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلتمكن الشبهه في حريته
لان الصحابه رضي الله عنهم اختلفوا في موته حرا او عبدا فاورث شبهه والاحصان
لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك قال وحد واطي امة مجوسيه وحائض ومكاتبه
ومسلم نكح امه في كفره لما ذكرنا ان ملكه في هذه الاشيا ثابت وفي من تزوج امه او
غيرها من المحارم في حالة الكفر خلاف ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فانه عندهما لا يحد
قاذفه وهو مبني على ان نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد ذكرناه في نكاح
المجوس محارمهم وفي المكاتبه خلاف ابي يوسف رحمه الله هو يقول وطيها حرام على
المولى وانما يسقط الحد للشبهه لان الحرمة ثابته لخروج المتعه عن ملكه حتى لزمه
العقر بوطيها ولنا ملكه فيها ثابت من كل وجه ولهذا جاز عتقها عن كفارة اليمين ووجوب
العقر لا ينافي الحل فكيف ينافي الشبهه قال ومستامن قذف مسلما اي يحد
مستامن قذف مسلما وكان ابو حنيفه رضي الله عنه اولا يقول لا يحد لان المغلب فيه
حق الله تعالى فصار كسائر الحدود ثم رجع الى ما ذكرنا ووجهه ان فيه حق العبد
وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه التزم ان لا يوذي وموجبه اذا اذى ان
يحد لئلا يوذي قال ومن قذف او زنا او شرب مرارا فحد فهو لكله
لان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى اخلاء العالم عن الفساد والانزجار عن
مباشرة سببه في المستقبل وهو يحصل بحد واحد ويحتمل حصوله فخلى الثاني عن
المقصود فلا يشرع اذ الحدود تندرئ بالشبهات بخلاف ما اذا زنا وقذف وشرب
حيث يحد لكل واحد منها لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفه
فان المقصود من حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض
ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا ما قصد بشرعه وعلى هذا
لو جلد للقذف الا سوطا فانه يتم الاول ولا شي عليه للثاني للتداخل ولو ضرب
للزنا او للشرب بعض الحد فهرب ثم زنا او شرب ثانيا حد حدا مستانفا ولو كان ذلك
في القذف ينظر فان حضر الاول للقاضي تمم الاول ولا شي للثاني وان حضر الثاني
وحده يجلد حدا مستانفا للثاني وبطل الاول ولو قذف عبدا فاعتق ثم قذف اخر فاخذه
الاول فضرب اربعين ثم اخذه الثاني تمم له ثمانون وقال الشافعي رحمه الله ان حد
القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة او واحدا بزنا واحد وهذا
مبني على ان المغلب فيه حق العبد ولا تداخل في حقوق العباد وعندنا المغلب فيه
حق الله تعالى فيتداخل وحكي ان ابن ابي ليلى كان قاضيا بالكوفه فسمع يوما رجلا يقول

ان المقصود ... فيمكن تكميله

[illegible] المجلس

عدد ٤٥

عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين فامر باخذه فادخل المسجد فضربه حدين قائما
تماما لقذفه الوالدين فاخبر ابو حنيفة رضي الله عنه بذلك فقال يا للعجب من قاضي
بلدنا اخطا في مسئلة واحدة من خمسة اوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه
حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف الفا ووالى بين الحدين والواجب ان
يفصل بينهما يوما او اكثر وحده في المسجد وقد قال صلى الله عليه وسلم جنبوا صبيانكم
مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغي ان يكشف
ان المقذوفين حيين او ميتين لتكون الخصومة اليهما او الى ولدهما وان اجتمعت
على واحد اجناس مختلفة بان قذف وزنى وسرق وشرب يقام عليه الكل ولا يوالي بينهما
خشية الهلاك بل ينتظر حتى يبرا من الاول فيبدا بحد القذف اولا لان فيه حق العبد
ثم الامام بالخيار ان شا بدا بحد الزنا وان شا بالقطع لاستوائهما في القوة اذ ثبتا
بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه اضعف منها ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص
بدي بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى على ما ذكرنا

فصل في التعزير

لما ذكر الحدود وهي الزواجر المقدرة شرع في الزواجر غير المقدرة اذ هو
يحتاج اليه لدفع الفساد كالحدود وهو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى
الرد والردع وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال الله تعالى واضربوهن
الاية وقال صلى الله عليه وسلم لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه صلى الله عليه
وسلم عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس رجلا بالتهمة واجمعت الامة على وجوبه
في كبيرة لا توجب الحد او جناية لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وقد يكون
بالصفع وتعريك الاذان وقد يكون بالكلام العنيف او بالضرب وقد يكون بنظر القاضي
اليه ~~بكلام عنيف~~ بوجه عبوس وليس فيه شي مقدر وانما هو مفوض الى راي الامام على
على ما تقتضي جناياتهم فان العقوبة تختلف باختلاف الجناية فينبغي ان يبلغ غاية التعزير
في الكبيرة كما اذا اصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع او جمع السارق المتاع
في الدار ولم يخرجه وكذا ينظر في احوالهم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا
ينزجر بالكثير وذكر في النهاية التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية
بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين قيد
بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية
بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله والضرب وعن ابي يوسف رحمه الله

ان التعزير

ان التعزير باخذ المال جائز للامام وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امراة ايحل
له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه لا
ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته المراة حل قتلها ايضا وفي المنية راى رجلا
مع امراة يزني بها او مع محرمه وهما مطاوعان قتل الرجل والمراة جميعا قال
ومن قذف مملوكا او كافرا بالزنا او مسلما بيا فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق
يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا اكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ابن
القحبة يا زنديق يا قرطبان يا ماوى الزواني او اللصوص يا حرام زاده عزر لما روينا
ولانه اذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير وتفسير
قرطبان هو الذي يرى مع امراته او محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب
للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذي يبعث امراته مع غلام بالغ او مع مزارعه
الى الضيعة او ياذن لهما بالدخول عليها في غيبته وعلى هذا يعزر من قال يا سارق وهو
ليس كذلك او يا ابن الفاسق او يا ابن الكافر او النصراني او قال للمراة يا قحبة ومن لم يكن
مجامع همته ذلك الفعل قال يا كلب يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا بغا يا مواجر
يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا موسوس لا
اي لا يعزر بهذه الالفاظ كلها لان من عادتهم اطلاق الحمار ونحوه بمعنى البلادة او الحرص
او نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة الا ترى انهم يسمون به ويقولون عياض بن حمار
وسفيان الثوري وابو ثور وجمل ولان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق
القاذف وكل احد يعلم انه ادمي وليس بكلب ولا حمار وان القاذف كاذب في ذلك
وحكى الهندواني انه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم
في عرفنا وقال شمس الايمة السرخسي الاصح عندي انه لا يعزر وقيل ان كان المنسوب
من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد شينا في حقه وتلحقه الوحشة بذلك
وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن ما قيل فيه ومن الالفاظ التي لا توجب التعزير
قوله يا رستاقي ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك قال واكثر
التعزير تسعة وثلثون سوطا وفي رواية عن ابي يوسف رحمه الله انه يبلغ بالتعزير خمسة
وسبعون سوطا وفي رواية عنه تسعة وسبعون وفي رواية عنه انه يقرب كل جنس
الى جنسه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير المحصن او للمحصن بغير الزنا من
حد القذف صرفا لكل نوع الى نوعه وعنه انه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره وقول
محمد رحمه الله فيه مضطرب فانه ذكر في بعض النسخ مع ابي حنيفة وفي بعضها مع ابي يوسف
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فيقدر بتبليغه

حدا بالاجماع غير ان ابا حنيفة رضي الله عنه اعتبر ادنى الحدود وهو حد العبد لان
مطلق ما روينا يتناوله واقله اربعون وابو يوسف رحمه الله اعتبر حد الاحرار لانهم
هم الاصول واقله ثمانون فينقص عنه سوطا وفي رواية خمسة روي ذلك عن علي
رضي الله عنه انه فعله فقلده او اعتبر نفس الجرم لان العقوبة تختلف باختلاف الجرم فالحد
فقرب الجرم الكبير من اكثر الحد وهو مائة والصغير من الاقل وهو ثمانون سوطا
واجمعوا على ان العبد لا يبلغ به اربعين **قال** واقله ثلثة اي اقل التعزير ثلث
جلدات وهكذا ذكره القدوري وكانه يرى ان ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك
بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا
الى راي القاضي يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا
رحمهم الله **قال** وصح حبسه بعد الضرب اي جاز للامام ان يحبسه بعد ما ضربه
للتعزير لانه يعجز عن الزيادة من حيث العدد لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك
القدر من الضرب فجاز له ان يضم الحبس اليه اذا راى فيه مصلحة وهذا لان الحبس يصلح تعزيرا
ابتداء حتى جاز الاكتفاء به ولهذا لا يحبس بالتهمة في التعزير لكونه اقصى عقوبة فيه
فيلزم التسوية بينها وبين المحقق فاذا صلح تعزيرا ابتداء وهو مشروع على ما روينا من
قبل جاز المصير اليه عند تعذر الضرب كما تجوز زيادة الضربات فيه لان تقديره اليه
قال واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف
من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود وهو الانزجار ويتقي المواضع التي
تتقى في الحدود وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه يضرب فيه الظهر والالية فقط
ثم ذكر في الحدود ان الاصل تفريق التعزير على الاعضا وفي اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد
وليس في المسئلة اختلاف رواية وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع
الاول اذا بلغ بالتعزير اقصاه وموضوع الثاني اذا لم يبلغ **قال** ثم حد
الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول الصحابة ولان جنايته اعظم لان حرمته
لا تنكشف بحال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والزنا يؤدي الى قتل النفس بان يخلق
منه ولد ليس له اب يربيه فيهلك ولهذا شرع فيه الرجم بخلاف شرب الخمر فاذا كانت
جنايته اعظم كانت عقوبته اشد **قال** ثم الشرب ثم القذف اي ثم حد الشرب
ثم حد القذف لان جناية الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم مع
الرائحة وجناية القذف غير مقطوع بها لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في قذفه وعجزه
عن اقامة البينة لا يدل على عفة المقذوف فلم يتيقن بكذبه ولان حد القذف جرى فيه
التغليظ من حيث رد الشهادة على التابيد فتخفيف الضرب لا يؤدي الى فوات المقصود ولان

الشارب قل

الشارب قل ما يخلو عن القذف فيكون جامعا بين الجنايتين واليه اشار علي رضي الله عنه
بقوله واذا هذى افترى فيغلظ عليه **قال** ومن حد او عزر فمات فدمه هدر
بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك
الصلاة والغسل والخروج من البيت وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال
اذ الحد والتعزير للتاديب فاذا هلك كان خطا من الامام وضمان خطائه فيما
يقيمه من الاحكام في بيت المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين فيكون الغرم في مالهم
وهذا لانه لا يجوز له الاتلاف فيكون فعله مقيدا بشرط السلامة كالمرور في
الطريق ورمي الغرض ونحوه ولنا ان الحد والتعزير يجب عليه اقامته اذ هو مامور
به والواجب لا يجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز المعتاد وكما لو تترس
الكفار بالمسلمين بخلاف المرور في الطريق وضرب الرجل امراته ونحو ذلك لانه مباح
فيتقيد بشرط السلامة ولان فعله بامر الشرع فيكون منسوبا الى الامر فكانه اماته
حتف انفه فلا يضمن وقوله بخلاف الزوج اذا عزر زوجته الى اخره يشير الى انه
يجوز له ان يضربها لهذه الاشيا والا فالضمان واجب عند التلف وان ضربها لغير هذه
الاشيا وذكر في المحيط وفي شرح المختار انه يجوز له ان يضربها على ترك الزينة وعدم
مثل ما ذكر هنا ولم يذكر فيه ترك الصلاة وعلل لجواز الضرب بانه يجب عليها
طاعته وطاعة الله تعالى فيعزر على المخالفة وذكر في النهاية انه يضربها لمنفعة تعود
اليه لا لمنفعة تعود الى المراة الا ترى انه ليس له ان يضربها على ترك الصلاة وله ان يضرب ليس له
ولده على ترك الصلاة واورد في النهاية على ما ذكرنا ما اذا جامع امراته فماتت من
الجماع او افضاها حيث لا يجب عليه شي عند ابي حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا
ولم يتقيد بشرط السلامة ثم اجاب بان قال انه لا يجب هناك الضمان لان ضمان المهر
قد وجب في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة
مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز وعزاه الى المحيط وروي عن ابي يوسف
رحمه الله ان القاضي اذا لم يزد في التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان اذا كان يرى ذلك
لانه قد ورد ان اكثر ما عزروه مائة فان زاد على مائة فمات تجب نصف الدية على بيت
المال لان ما زاد على المائة غير ماذون فيه فحصل القتل بفعل ماذون فيه وبفعل غير ماذون
فيه فيتنصف ويثبت التعزير بشهادة رجلين او رجل وامراتين لانه من جنس حقوق
العباد ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه ويشرع في حق الصبيان والتكفل

كتاب السرقة

قال وهو أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ
ويعتبر أن يكون حرزا واحدا لانتفاء الشبهة ولا يشترط أن يكون ملك رجل واحد بعد أن كانت
سرقة واحدة حتى لو سرق عشرة لجماعة قطع بها ولا فرق في ذلك بين أن يكون مشتركة
بينهم فأخذها جملة وبين أن يكون لكل واحد في كيس فأخذ من كل كيس درهما قبل
أن يخرج من الدار لأن المعتبر الاتحاد عندنا هذا في السرقة وفي اللغة أخذ الشيء من
الغير على وجه الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع لأنه يسمع كلام المتكلم على
غرة منه وقد زيد عليه أوصاف لما بينا والمعنى اللغوي والاستسرار مراعى فيها ابتداء
وانتهاء إذا كانت بالنهار وابتداء إذا كانت في الليل كما إذا نقب الجدار على الاستسرار
وأخذ المال من المالك مكابرة جهرا لأنه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف
بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع في أكثر السراق لا سيما في ديار مصر بخلاف ما إذا
كانت في النهار لأنه وقت يلحقه الغوث فيه وهي نوعان سرقة صغرى وكبرى
فالصغرى يسارق فيها عين المالك أو من يقوم مقامه في الحفظ وشرطها أن يكون خفية
على زعم السارق حتى لو دخل دار إنسان فسرق وأخرجه من الدار وصاحب الدار
يعلم ذلك والسارق لا يعلم أنه يعلم ذلك قطع ولو كان السارق يعلم بأن صاحب
الدار يعلم ذلك لا يقطع لأنه جهر والكبرى يسارق فيها عين الإمام ومن يقوم مقامه
في الآفاق لأنه هو المتصدي لحفظ الطرق وقوله مضروبة إشارة إلى أنه إذا سرق
فضة غير مضروبة وزنها عشرة وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع خلافا لهم حيث
يصح جعلها مهرا والفرق بينهما أن الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر
يثبت مع الشبهة فيصح كيف ما كان وعلى هذا أواني الفضة أو الزيوف إذا سرقها
وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير
المضروبة فيه سواء والأول أصح وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم
لأنه من باب الحدود فلا يثبت إلا بما يثبت به السرقة والمعتبر فيه وزن سبعة
كما في الزكاة وقد بيناه هناك وقال الشافعي رحمه الله نصابه مقدر بربع دينار
وقال مالك ثلاثة دراهم لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قطع في مجن قيمته ثلاثة
دراهم رواه الجماعة وفي لفظ قيمته ثلاثة دراهم غير أن الشافعي قال كانت قيمة الدينار
على عهد النبي صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها والربع هو المعتبر ألا
ترى إلى قول عائشة رضي الله عنها فيما رواه الجماعة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا وفيما رواه البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال
تقطع يد السارق في ربع الدينار قلنا قال ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم كانت قيمة المجن

يخرجها جملة لأن السرقة تتم بالإخراج من الدار
في الشريعة على
لا غيره
أو الأمر

الذي قطع

الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وقال صلى الله عليه
وسلم لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم ولما اختلفوا في قيمة المجن مع اتفاقهم أن النصاب
مقدر به مال مالك إلى الأقل للتيقن به ومال أصحابنا إلى الأكثر للتيقن به لأن أحدا
لم يقل إن العشرة لم يقطع بها وما دونه مختلف فيه فلا يجب بالشك إذ الحدود تدرأ
بالشبهات يؤيده ما روينا من المرفوع وقالت الظاهرية يقطع السارق بمطلق السرقة
ولا يشترط له نصاب مقدر لإطلاق الكتاب قلنا هو مقدر بما قال فكذا بالنصاب لما
روينا وحكينا من الإجماع وما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق
يسرق البيضة فيقطع يده ويسرق الحبل فيقطع يده المراد به بيض الحديد والحبل النفيس
ألا ترى إلى قول الأعمش وهو الراوي لهذا الحديث كانوا يرون أنه بيض الحديد
وأن من الحبال ما يساوي عشرة دراهم قال ويقطع إن أقر مرة وقال
أبو يوسف رحمه الله لا يقطع إلا إذا أقر مرتين في مجلسين مختلفين لأنه حد فيعتبر عدد
الإقرار فيه بعدد الشهود وأصله الإقرار بالزنا ولهما أن الإقرار مرة مظهر فيكتفى
به كما في القصاص وحد القذف والاعتبار بالشهادة باطل لأن الزيادة فيها تفيد
تقليل تهمة الكذب ولا تهمة في الإقرار فلا تفيد شيئا ولا يقال يحتمل أن يرجع فيؤكد
بالتكرار ليدل على الثبوت لأنا نقول باب الرجوع فيه لا ينسد بالتكرار والرجوع
عنه في حق المال لا يصح لأن صاحب الحق لا يكذبه وفي الزنا ورد على خلاف القياس فاقتصر
عليه وذكر بشر رجوع أبي يوسف رحمه الله إلى قولهما قال أو شهد رجلان
لأنه من الحدود فلا تقبل فيه إلا شهادة الرجال ويجب أن يسألهم الإمام عن ماهية
السرقة وكيفيتها ومكانها ويسأل الشهود عن زمانها زيادة للاحتياط لأنه
يلتبس على كثير من الناس فإنها تطلق على أشياء على الاستماع خفية وعلى تخفيف الصلاة
على ما قال صلى الله عليه وسلم أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته وكذا يختلف
باختلاف الأحوال فإن من يدخل يده من النقب أو من الطاقة ويأخذ شيئا أو في دار
الحرب أو رب المال أذن له في دخوله أو كان المال في يده أو لم يكن في حرز لا يقطع
وكذا بالتقادم يسقط الحد دون المال وكذا ينبغي أن يسأل عن المسروق منه هل
هو أجنبي أو قريب من السارق أو زوج لأنه يحتمل جميع ذلك فلا بد من إزاحة هذه
الشبهة لأنه مبني على الدرء ما استطيع ويحبسه إلى أن يسأل للتهمة بخلاف التعزير
على ما بينا قال ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا إن أصاب لكل نصاب أي لو
سرق جماعة وتولى الأخذ بعضهم قطعوا إذا أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم لأن
المعتاد بين السراق أن يتولى بعضهم الأخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد

خلافا له
إذا كانت ببينة

بمثله لامتنع القطع في اكثر السراق ويؤدي الى فتح باب الفساد فيجرى عليهم الحد جميعا استحسانا لانه اذا اتى به سوا اخرجوا معه من الحرز او بعده في فوره او خرج هو بعدهم في فورهم لان بذلك يحصل التعاون وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول ان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه وجوابه ما بيناه ولو كان فيهم صغير او مجنون سقط الحد عن الباقين وقال ابو يوسف رحمه الله ان تولى الاخذ الصغير او المجنون لا يجب القطع وان اخذ الكبار البالغين العقلاء وجب لان الاخذ هو الاصل والردي تبع فسقوط الحد عن الاصل يوجب سقوطه عن التبع بخلاف العكس قلنا الحامل لا يتمكن من الخروج الا بقوة الردي فصاروا مباشرين معنى على المجني تمامه في السرقة الكبرى وشرط ان يصيب كل واحد منهم نصاب اذ لا قطع فيما دون النصاب وقال مالك يقطعون بنصاب واحد لان هذا القدر من المال موجب للقطع فاذا اشتركوا اجري على جميعهم كالقصاص قلنا القصاص يعلق بسبب لا يتجزى وهو ازهاق الروح فينسب الى جميعهم بخلاف السرقة **قال** ولا يقطع في خشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة والاصل فيه انه لا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام لقول عايشة رضي الله عنها كانت الايدي لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشي التافه اي الحقير وما يوجد في دار الاسلام مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لا تضن به ولهذا لا يختفي اخذه عادة فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لا يقطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ولهذا تلقى بعضها في الابواب بل في الشوارع كالخشب ونحوه وبعضها يتفلت فيفر او يضيع فيتقصر الرغبات فيه كما يقصر في القليل ومثله لا يشرع الزاجر ولان الشركة العامة التي كانت في هذه الاشيا قبل الاحراز يورث الشبهة ما دامت باقية على تلك الصفة والحد يندري بها ويدخل في الطير جميع انواعه حتى البط والدجاج وفي السمك الطري والمالح وقال الشافعي رحمه الله يقطع في كل شي الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فيوجب قطعه فيه وكونه يوجد في دار الاسلام مباحا لا تاثير له كالفيروزج والذهب والفضة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلث الكلا والما والنار اثبت فيه شركة عامة فاذا انتفت الشركة بالاحراز حقيقة يورث شبهة فاذا ثبتت الشبهة في هذه الاشيا وهي توجد مباحة في دار الاسلام فكذا في امثالها واما الذهب والفضة واللولو والجوهر فقد روى هشام عن محمد رحمه الله اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة لا يقطع وهو المختلط بالحجر والتراب

عليهم

الصورة

وفي ظاهر

وفي ظاهر الرواية يقطع لانها ليست تافهة جنسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه فهذا علامته ولا يقطع في الرخام ولا في القدور من الفخار ولا في الملح **قال** وفاكهة رطبة او على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد واشربة وطنبور والاصل فيه ان سرقة ما يتسارع اليه الفساد او المعازف او السرقة من غير حرز لا يوجب القطع لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر رواه ابو داود وغيره والكثر الجمار وهو شي ابيض يخرج من راس النخل ومن قال الكثر الحطب او صغار النخل فقد اخطا ذكره المطرزي وذكر الجوهري ان الجمار شحم النخل والمراد من الثمر ما يتسارع اليه الفساد وهو الرطب وسيل صلى الله عليه وسلم عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شي عليه ومن خرج بشي منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيا بعد ان يوويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع رواه ابو داود والنساي والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف والجران الموضع الذي يعصر فيه العنب او الثمر ولان الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لم يوجد فيه الاحراز والقطع بدونه غير مشروع ويدخل في اللحم القديد منه لانه يتوهم فيه الفساد وفي الفواكه الرطبة العنب وكذا الرطب في المختار لانه يخاف فيه الفساد من وجه بخلاف الزبيب والتمر وقال الشافعي رحمه الله يقطع في الفواكه الرطبة وفيما يتسارع اليه الفساد من الاطعمة والاشربة لما روينا قلنا اخرجه على وفاق العادة لان ما يأويه الجرين هو اليابس من الثمار عادة ونحن نقول به اذا سرقه في ايام الغلا وفي القحط لا يقطع في الطعام للضرورة ذكره في المبسوط وفي المنتقى لم يفصل بين الطعام وغيره وفي الخل يقطع اجماعا لانه لا يتسارع اليه الفساد وهو مال بالاجماع وكذا في العسل بخلاف الاشربة المطربة وغيرها لان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف بين العلما فاورث شبهة وفي المعازف يتاول لكسرها وهو جائز عند بعضهم لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر **قال** ومصحف ولو محلى وقال الشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه مال متقوم محرز حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ولنا انه ليس بمحرز للتمول واخذه يتاول القراة فيه وهذا لان المقصود في المصحف القران لا الحلية والجلد والورق وهو لا يوصف بالمالية ووجوب القطع باعتبارها فصار ذلك شبهة وهذه الاشيا اتباع ولا معتبر بالتبع كمن سرق انية فيها خمر او ثريد او غيره مما لا يجب فيه القطع

المذهب

غيره

وقيمة الاواني تبلغ نصابا فانه لا يقطع فيها لما انها تبع فاذا لم يعتبر الاصل فالاولى
ان لا يعتبر التبع وهي على الخلاف فلا يصح الالزام وعلى هذا الخلاف لو سرق ثوبا لا
يساوي عشرة وفيه فضة او ذهب مضروب تزيد على النصاب لان المقصود هو الثوب
وكان هو المنظور اليه بخلاف ما اذا سرق منديلا قد صر فيه ذلك حيث يقطع
اجماعا لان المنديل يصر فيه عادة فكان ما فيه معتبرا اذ هو المقصود بالاخذ وفرقوا
في مسئلة الثوب بين ان يكون عالما بما صر فيه وبين ان لا يكون عالما فاوجبوا القطع
في العالم به دون غيره ولم يفرقوا في مسئلة الاواني ولو شرب الخمر في الدار او
اراقه ثم اخرج الانية يقطع اجماعا قال وباب مسجد لعدم الاحراز فكباب
الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها بخلاف باب المسجد قال وصليب
ذهب وشطرنج ونرد لان اخذها يتاول الكسر كما في المعازف بخلاف الدراهم
التي عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة بل للتمول فلا تثبت فيها تاويل الكسر وعن
ابي يوسف رحمه الله اذا كان الصليب في مصلاهم لا يقطع وان كان في حرز له يقطع
لعدم الحرز في الاول ووجوده في الثاني قال وصبي حر ولو معه حلي
لان الحر ليس بمال وما عليه تبع له فلا يعتبر ولانه يتاول الاسكات وقال ابو يوسف
رحمه الله يقطع اذا كان عليه حلي يساوي النصاب وقد ذكرنا الوجه من الجانبين في
المصحف المحلى والاواني والخلاف في غير المميز وفي المميز لا يقطع اجماعا وان كان
عليه حلي لانه خداع وليس بسرقة لما ان له يدا على نفسه وعلى ما في يده قال
وعبد كبير ودفاتر بخلاف الصغير ودفتر الحساب لان سرقة العبد الكبير غصب
او خداع والصغير ليس له يد معتبرة على نفسه وهو مال فتتحقق فيه السرقة والمراد
بالصغير غير المميز وان كان مميزا فهو كالكبير لما بينا في الحر واستحسن ابو يوسف
رحمه الله في غير المميز انه لا يقطع لانه ادمي وان كان مالا من وجه ومما اعتبر جهة
المالية فيه لوجود حد المالية ولو كانت قيمته اقل من النصاب وفي اذنه شي مثله
يقطع باعتبار الضم وفي الدفاتر المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولا يقصد في دفاتر
الحساب ما فيها اذ لا ينتفع به لغير صاحبه فكان المقصود هو الكاغد وفي دفاتر
الادب روايتان وفي رواية يلحقه بالحساب لانه غير محتاج اليه اذ ليس فيه احكام
وفي رواية يلحقه بالاحاديث والتفاسير والفقه فلا يقطع فيها اذ الحاجة اليها لمعرفة
التفسير والاحكام ثابتة لان معرفتها تتوقف عليها ولان نفعها متعدي وهي معدة
لوقت الحاجة ولا يقصد بها التمول فصارت كغيرها من الدفاتر قال
وكلب وفهد لان جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان اختلاف العلماء في ماليته

الكلب

الكلب يورث شبهة ولو كان على الكلب طوق ذهب او فضة لا يقطع علم به او لم يعلم
لانه تبع له كالصبي الحر اذا كان عليه حلي قال ودف وطبل وبربط ومزمار
لان هذه الاشياء لا قيمة لها عندهما ولهذا لا يضمن متلفها ووجب كسرها وعند ابي حنيفة
رضي الله عنه وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار صلاحيتها لغير اللهو لكن
باعتبار مقصوده وهو اللهو اورث شبهة لان الاخذ يتاول النهي عن المنكر
فيكفي ذلك لدرء الحد هذا اذا كان للهو وان كان الدف او الطبل للغزاة اختلف
اختلف المشايخ فيه قيل يقطع فيه لانه مباح لارهاب العدو به وقيل لا يقطع لانه
يصلح لغيره من اللهو فاورث شبهة قال وبخيانة ونهب واختلاس لما
روي عن جابر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال ليس على خائن ولا منتهب ولا
مختلس قطع رواه احمد وابو داود وغيرهما وصححه الترمذي ولان الحرز والاختفاء
شرط القطع وعدما في الاول ولم يوجد الثاني في الاخيرين فانتفى ركن السرقة وشرطها
فلم يقطع وما روي انه صلى الله عليه وسلم قطع مخزومية كانت تستعير المتاع وتجحده
محمول على انه منسوخ بما روينا او على انه سياسة لتكرر الفعل منها قال
ونبش اي لا قطع بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي يقطع
به وهو قول ابي يوسف رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولانه
سرق مالا متقوما يبلغ نصابا من حرز مثله فوجب القطع به اعتبارا بسائر انواع
الحرز ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي والنباش بلغة اهل المدينة
ولانه تمكن الخلل في السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل واحد
منها يمنع القطع اما الاول فلان السرقة اخذ مال على وجه يسارق عين حافظ قصد
حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم وغفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه
وانما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم اخر
ولا يسمى سارقا فلا يتناوله اية السرقة واما الثاني فلانه لا يملكه الميت حقيقة
لعجزه لان الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيه
واما الثالث فلان المال عبارة عما تميل اليه النفوس وتضن به وهو مخلوق لمصالح
الادمي والطباع السليمة تنفر عنه فضلا عما تضن به واما الرابع فانه ليس بمحرز بالميت
لانه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لانه حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا ولهذا
لو دفن فيه مال اخر غير الكفن لا يقطع سارقه واما الخامس فلان المقصود من شرع
الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا يحتاج الى الزاجر
وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر في اخره من قتل عبده قتلناه ومن

جدع انفه جدع عناه ولا يكاد يثبت هذا ابدا ولئن ثبت فهو محمول على السياسة فيمن اعتاد ذلك وعن يقول بذلك اذا راى الامام فيه مصلحة والذي يدل على ذلك ان نباشا اتي به الى مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيا فعزره اسواطا ولم يقطعه ولو كانت الاية تتناوله او كان فيه حديث مرفوع لبينوا له ولا احتاج هو الى مشاورتهم ولا كانوا يتفقون على خلاف ذلك وما روي فيه من اختلاف الصحابة ارتفع باجماع من كان في عصره منهم وقوله من حرز مثله قلنا حرز المثل لا يختلف في جنس واحد وانما يختلف باختلاف الاجناس كما اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو قطع وكذا لو سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوبا لا يقطع لان كلا منهما حصين في حق الدابة والشاة دون اللؤلؤ والثوب لاختلاف الجنس وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوبا اخر غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان حرزا للكفن لقطع فيه لاتحاد الجنس لان معنى الصيانة بالحرز لا يختلف في جنس واحد ولا يقال لو لم يكن حرزا لكان تضييعا وبه يجب الضمان على الاب والوصي في مال الصغير ولم يقل احد بوجوب الضمان عليهما اذا كفنا الصغير بماله فكان حرزا ضرورة لانا نقول لو كان حرزا لما ضمنا ثوبا اخر له غير الكفن يدفنه فيه وانما لا يضمنان بالتكفين لانه صرف الى حاجة الميت وبه لا يكون تضييعا كالقاء البذر في الارض وذبح الشاة للاكل وتناول الطعام لحاجته وان كان القبر في بيت مغلق لا يقطع في الاصح لما بينا من الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا اخر غير الكفن لانه يتناول بالدخول فيه زيارة القبر وكذا اذا سرق الكفن من تابوت في القافلة وعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق من بيت فيه الميت لانه يتناول بالدخول فيه تجهيزه وهو اظهر من الكل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة **قال** ومال عامة او مشترك اي لا يقطع في مال بيت المال او في مال للسارق فيه شركة لان فيه شركة حقيقة او شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين وهو منهم واذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فاورث ذلك شبهة والحد يندرئ بها **قال** ومثل دينه اي لا يجب عليه القطع اذا سرق من مديونه قدر دينه من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضا من عليه الدين اذا ظفر به وان كان الدين مؤجلا يقطع قياسا لانه لا يباح له اخذه فصار كاخذه من غيره ولا يقطع استحسانا لان دينه ثابت في ذمته والتاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه تصير شريكا فيه فيصير شبهة وان سرق من خلاف جنس حقه فان كان نقدا لا يقطع في الصحيح لان النقدين جنس واحد حكما ولهذا كان للقاضي ان يقضي به دينه من غير رضى المطلوب وكذا لهم احدهما في الاخذ في الزكاة وان كان عرضا يقطع لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضي

وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه فان عند ابن ابي ليلى له ان ياخذ بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية ومن العلماء من يقول له ان ياخذه رهنا بحقه فاورث شبهة قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعاه درئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد **قال** وبشيء قطع فيه ولم يتغير اي لا يقطع بسرقة شيء كان قد سرقه من قبل وقطع فيه اذا لم يتغير عن حالته الاولى وان تغير بان كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه او نحو ذلك ثم سرقه قطع فيه ثانيا والقياس ان يقطع فيه وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن ابي يوسف رحمهما الله لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولانه سرق مالا معصوما كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالاولى بل اولى لتقدم الزاجر ولا اشكال في عصمته الا ترى انه يضمنه بالغصب وبالاتلاف فصار كما اذا تغير عن حاله او باعه من السارق ثم استراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع يستلزم سقوط عصمة المحل حقا للعبد على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان بقيت حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والملك والعين وبقاء السبب الموجب لسقوط ذلك المال وهو القطع في ذلك المال فاورثت شبهة ولان هذه الجناية وجودها نادر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية لان تحصيل الحاصل محال فصار نظير قذف المحدود في القذف المقذوف الاول لان المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف قد حصل بالاول فلا حاجة الى الثاني بخلاف ما اذا تغيرت عن حالها لانها صارت كعين اخرى حتى تبدل اسمها وتملكها الغاصب به وبخلاف ما اذا باعها من السارق ثم اشتراها منه ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فصارت كانها تبدلت حقيقة اصله حديث بريرة انه صلى الله عليه وسلم قال هو لها صدقة ولنا هدية فان قيل حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد فوجب ان يكون حد القذف كذلك قلنا حد الزنا يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى في الزنا الثاني غير المستوفى في الاول لانه عرض لا يبقى فصار كشرب الخمر فان المشروب في الثاني غير المشروب في الاول اما حد السرقة فباعتبار العين وهي لا تختلف حتى لو اختلفت بان تغيرت وجب عليه القطع ثانيا على ما بينا ولان حد الزنا لا يسقط به عصمة المحل وحد السرقة يسقط فلا يعود الا بالتغير عن تلك الهيئة ولان هذا الحد لا يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر الا بتكرر الخصومة من رجل واحد في محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا فانه لا يعتبر فيه الخصومة **قال** ويقطع بسرقة

الساج والقنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ
لان هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها وهي محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها
في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وذكر في شرح المختار ان لا
قطع في العاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شيء قطع فيه ولا قطع في الزجاج لان المكسور
منه تافه والمصنوع منه يتسارع اليه الفساد وقيل في المصنوع يقطع لانه مال
نفيس لا يتسارع اليه الفساد الا بالتقصير في الاحتراز غالبا ويقطع في العود والمسك
والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا في الفصوص قال والاواني
والابواب المتخذة من الخشب لان الصنعة فيها غلبت على الاصل والتحقت بالصنعة
بالاموال النفيسة حتى تضاعفت قيمتها وخرجت من ان تكون تافهة ولهذا تحرز
بخلاف المتخذ من الحشيش والقصب لان الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تتضاعف قيمته
ولا تحرز حتى لو غلبت فيه الصنعة كالحصر البغدادية والجرجانية يقطع فيها لما ذكرنا
وانما يقطع في الابواب اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد لانه لا
يرغب في سرقة الثقيل من الابواب وان كانت مركبة على الابواب لا يقطع فيها لانها لا تكون
محرزة به بل هي حرز لغيرها لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وتصير المال به
محصنا وهي بهذه المثابة فلا تكون محرزة بالتركيب

والعيدان والاواني التي يحمل ... [illegible]

فصل في الحرز

قال رحمه الله ومن سرق من ذي رحم محرم لا برضاع ومن زوجته وزوجها
وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت
اذن في دخوله لم يقطع لوجود الشبهة في كل واحد منها اما الاول وهو ما اذا سرق
من ذي رحم محرم منه فللبسوطة في دخول الحرز عادة ولهذا يدخل عليهم من غير
استئذان واباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وجرت البسوطة
في الانتفاع بمال الاصول والفروع وتجب نفقته فيه اذا كان فقيرا فكانت الشبهة
فيه ظاهرة وهي كافية لدرء الحد بخلاف الصديق لانه يأبى الاخذ من ماله على وجه
السرقة عادة فلم يبق صديقا له وفي غير الولاد من الاقارب خلاف الشافعي رحمه الله
لانه يلحقهم بالاجانب وقد بيناه في النفقة والعتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم
مال غيره لا يقطع لعدم الحرز وبالعكس يقطع لوجوده وينبغي ان لا يقطع في الولاد لما
ذكرنا من الشبهة في ماله وقوله لا برضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي
الرحم المحرم وانما لم يقطع فيه لعدم ما ذكرنا فيه من الشبهة وعن ابي يوسف رحمه الله

انه لا يقطع

انه لا يقطع اذا سرق من امه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة من غير استئذان
بخلاف اخته من الرضاع لعدم هذا المعنى فيها ولنا ان الرضاع لا يشتهر فلا توجب
البسوطة والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا ولهذا يقطع
اذا سرق من اخته من الرضاع واما اذا سرق احد الزوجين من الاخر او سرق
العبد من سيده او زوجة سيده او زوج سيدته فلوجود الاذن بالدخول
عادة فانعدم الحرز ولو ابانها بعد السرقة وانقضت عدتها ثم رفع الامر الى
القاضي لا يقطع لان السرقة انعقدت غير موجبة للقطع فلا تنقلب موجبة كما اذا
وهبها ثم ابانها حيث لا يكون له الرجوع فيها ولو سرق من امراته المبتوتة في العدة
او سرقت هي منه لا يقطع لان الخلطة بينهما قائمة اذ الدخول مباح للاطلاع صيانة
لمائه او لوجوب السكنى عليها حيث يسكن وقيل يقطع اذا كان المنزل للمسروق
منه دون السارق لان كلا منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه لحرمة الدخول عليه
كما بعد انقضاء العدة ولو سرق رجل من اجنبية او امراة من اجنبي ثم تزوجها قبل
القطع لا يقطع لوجود الشبهة قبل الامضاء فصار كما اذا ملك المسروق في تلك
الحالة بخلاف ما اذا وهب لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع لان المعترض
شبهة الملك والشبهة توجب سقوط الحد دون الرجوع بخلاف الوصية حيث
يعتبرونها حالة الموت لا غير لما عرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه اذا تزوجها
بعد القضاء يقطع وكذا لو سرق احدهما من حرز الاخر لا يسكنان فيه لوجود الشبهة
بينهما في الاموال عادة ودلالة ذلك انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال
فالمال اولى ولهذا لا تقبل شهادة كل واحد منهما للاخر والعبد في هذا ملحق
بمولاه حتى لا يقطع في سرقة ما لا يقطع فيه المولى كالسرقة من اقارب المولى وغيرهم
لانه مأذون له بالدخول عادة في بيوت هؤلاء لاقامة المصالح والمكاتب فيه
كالقن لانه عبد ما بقي عليه درهم وكذا المأذون له في التجارة واما اذا سرق
من مكاتبه فلان له حقا في اكسابه ولهذا لا يجوز له ان يتزوج امة مكاتبه فتحققت
الشبهة واما اذا سرق من ختنه وصهره فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما يقطع له ان العادة جرت بالبسوطة في دخول بعضهم منازل بعض بلا
استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز ولهما انه لا شبهة في ملك البعض ولا يكون بالقرابة
ولا قرابة والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف اذا سرق
من كل من يحرم عليه بالمصاهرة واما اذا سرق من مغنم فلما روي عن علي رضي الله عنه
انه اتي برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا واما اذا سرق من

بلغ

الحمام او بيت اذن للناس بالدخول فيه فلاختلال الحرز بالاذن في الدخول
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اذا سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما
لو سرق من المسجد وصاحبه عنده والفرق على الظاهر ان الحمام بني للاحراز فكان
حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد لانه ما بني لاحراز الاموال فلم
يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحرا الا ترى انه اذا سرق من الحمام
في وقت لا يؤذن للناس بالدخول فيه يقطع وفي المسجد لا يقطع مطلقا وحوانيت
التجار والخانات كالحمام لانها بنيت للاحراز والاذن يختص بوقت التجارة
ثم لا بد من الحرز لان الاختفا لا يتحقق دونه وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو
المكان المعد لاحراز الاموال كالدور والبيوت والصناديق وامثال ذلك
وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق او المسجد وعنده متاعه وهو محرز به
وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان من تحت راسه وهو
نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ في الصحيح لان الحرز
به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه اشتق من اختفائه
فيه عن اعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود
الاصل حتى لو اذن له في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده لا يقطع لان الحافظ
لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالاذن ولو كان باب الدار مفتوحا في
النهار فسرق منه لا يقطع لانه مكابرة وليس بسرقة ولو كان في الليل بعد انقطاع
انتشار الناس قطع ذكره في شرح المختار وفي المحيط الفشاش وهو الذي يهيئ لغلق
الباب ما يفتحه ان سرق نهارا في الدار او في السوق نهارا وليس في الدار ولا في السوق
احد لم يقطع وان كان فيها احد من اهلها واخذ المتاع وهو لا يعلم به يقطع ومثله في
البدايع واوجب القطع في الهداية في الخانات والحوانيت ليلا لا نهارا مطلقا في
المفتوحة وفي المغلقة يقطع مطلقا في الاصح والاخراج من الحرز شرط لوجوب القطع
في المحرز بالمكان لقيام يده قبله وفي الحافظ يكتفى بمجرد الاخذ لزوال يد المالك به
فتتم به السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما عنده في الصحيح
واطلاق القدوري بقوله وصاحبه عنده يدل على ذلك وقيل لا يكون محرزا في حالة
نومه الا اذا كان تحت جنبه او تحت راسه وجه الاول ان المعتبر الاحراز وقد حصل
به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له لا مضيعا ولهذا لا يضمن المودع
والمستعير بمثله قال ومن سرق من المسجد متاعا وربه عنده قطع لما ذكرنا
من المعنى قال وان سرق ضيف ممن اضافه او سرق شيا ولم يخرجه من الدار لا اي لا

نقطع

نقطع لان البيت في حق الضيف لم يبق حرزا لكونه ماذونا له في دخوله فصار بمنزلة اهله
والدار بيوتها في يد صاحبها في المعنى وهي كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها
ليتحقق الاخذ من كل وجه بخلاف الغصب حيث يجب عليه الضمان بالاخذ وان
لم يخرجه من الدار في الصحيح لانه يجب مع الشبهة هذا اذا كانت الدار صغيرة
لا يستغني اهل البيوت عن الانتفاع بصحنها لانها حينئذ تكون حرزا واحدا حتى
لو كان اذن له في دخولها فسرق من البيت لا يقطع وان كانت كبيرة فسرق منها
واخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها على ما يجي من قريب قال وان
اخرجه من حجرة الى الدار او اغار من اهل الحجر على حجرة او نقب فدخل والقى شيا
في الطريق ثم اخذه او حمله على حمار فساقه واخرجه قطع لتحقق السرقة في هذه
الجملة اما اذا اخرجه من حجرة الى الدار اي الى صحنها فلان الاخراج من الحرز قد
تحقق وترتب عليه موجبه وهذا اذا كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اي حجر
ومنازل وفي كل مقصورة مكان يستغني به اهله عن الانتفاع بصحن الدار وانما
ينتفعون به انتفاع السكة لان كل مقصورة حرز على حدة اذ لكل مقصورة باب وغلق
على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورته فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة واما اذا
اغار من اهل الحجر على اهل حجرة اخرى فالمراد به اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة
المحلة وان كانت صغيرة بحيث لا يستغني اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار
بل ينتفعون به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا
الماذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها واما اذا نقب ودخل الى
اخره فلانه هتك الحرز بالدخول وتمت السرقة بالاخراج والاخذ وفيه خلاف
زفر رحمه الله هو يقول الالقا غير موجب للقطع وكذا الاخذ من الطريق فصار
كما لو القاه في الطريق ولم ياخذه او اخذه غيره من الطريق ولنا انه حيلة
معتادة من السراق اما لتعذر الخروج مع المتاع او ليمكنه الدفع او الفرار ولم
يعترض عليه يد معتبرة فصار الكل فعلا واحدا وهذا لان يده ثبتت عليه بالاخذ
ثم بالرمي ولم تزل يده حكما الا ترى ان من سقط منه مال فاخذه غيره ليرده على صاحبه
ثم رده الى موضعه لم يضمن لانه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فكانه رده
الى يده حقيقة فاذا بقي يده حكما وتاكد ذلك بالاخذ يقطع بخلاف ما اذا لم ياخذه
لانه لا سارق وهذا لان رميه متردد بين ان يكون للتضييع لان منهم من يقصد التضييع
على صاحبه وبين ان يكون حيلة لتمام الاخذ فايهما فعل تبين ان الرمي كان لذلك
واما اذا حمله على حمار الى اخره فلان سير الحمار مضاف اليه لسوقه ولهذا يضمن السائق

كلها

فيكون اخراجه اليه كاخراجه الى السكة صح

مضيع صح

ما اتلفت الدابة ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع وفي قوله وساقه اشارة اليه ولو القاه في نهر في الدار فان كان الماء ضعيفا واخرجه بتحريك السارق قطع لان الاخراج مضاف اليه وان اخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح لانه اخرجه بسببه ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال
وان ناول اخر من خارج او ادخل يده في بيت واخذ او طر صرة خارجة من كم او سرق من قطار بعيرا او حملا اي لا يقطع في هذه الاشياء كلها لعدم الحرز او لعدم هتكه اما الاول وهو ما اذا ناول اخر من خارج البيت ومراده اذا نقب ودخل وناول المتاع غيره فلان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجد كل واحد منهما اذ الخارج لم يوجد منه الهتك والداخل لم يوجد منه الاخراج وان وجد باخراج يده فقد بطل باعتراض يد الاخر عليه فلم يتم السرقة في كل واحد منهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان على الداخل القطع على كل حال لان الهتك تم منه فصار المال محرزا بفعله او بمعاونته واما الخارج فان ادخل يده فيقطع لوجود الاخراج من الحرز وان لم يدخل يده ولكن الداخل اخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والاخراج منه وعن ابي يوسف رحمه الله رواية اخرى ان الخارج اذا ادخل يده واخذ المتاع يقطع لحصول المقصود ذكرها في البدايع وهو اشبه بمذهبه على ما ياتي بيانه واما اذا ادخل يده في بيت يعني من النقب واخذ فلما روي عن علي رضي الله عنه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخله ولان هتك الحرز معتبر لايجاب القطع وفي الحدود يراعى كمال السبب والشروط احتيالا للدرء والكمال هتك الحرز بالدخول فيشترط بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوه لان الممكن فيها ادخال اليد لا الدخول فيشترط الممكن لا غير للتعذر فيه خلاف لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان السرقة اخذ المال من الحرز على الخفية وقد تحقق بادخال يده كما يتحقق بدخوله بنفسه والدخول وسيلة اليه فلا يعتبر عند حصول المقصود بغيره كما في الصندوق ونحوه والحجة عليه ما ذكرنا والفرق ما بينا وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع الا ترى انه لو سرق من القافلة قدر ما فيه من الدراهم فاخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم الهتك وان ادخل يده فاخذ يقطع لوجود الهتك واما اذا طر صرة خارجة من الكم فلان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجب الهتك للحرز وهو المعتبر في الباب وان كانت الصرة داخلة فطرها واخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر يبقى

الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الداخل فوجد الهتك ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع في الاحوال كلها لانه محرز بالكم او بصاحبه قلنا لا يعتبر الحرز بالحافظ الا اذا كان يحفظه من السراق وبعدما ادخله في كمه او ربطه لا يقصد حفظه وانما يقصد قطع الطريق والاستراحة بالمشي والقعود لا عنا ده عليه فلا يعتبر حافظا من غير قصد الا يرى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في حريسة الجبل لان مقصود الراعي الرعي دون الحفظ وهو تبع فلا يصلح للقطع لما فيه من شبهة العدم وفي المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو رداء او قلنسوة او طرف منطقه او سيفه او سرق من امراة حليا عليها لا يقطع لانها خلسة وليست بخفية سرقة ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها او ملاءة له وهو لابسها او واضعها قريبا منه بحيث يكون حافظا له يقطع لانه اخذها خفية وسرا وله حافظ وهو النائم واما اذا سرق من قطار بعيرا او حملا فلانه ليس بمحرز مقصودا فيتمكن فيه شبهة العدم ولا فرق بين ان يكون معها سائق او قائد او لم يكن لان السائق او الراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع قال وان شق الحمل وسرق منه او سرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه او نايم عليه او ادخل يده في صندوق او جيب غيره او كمه فاخذ المال قطع لوجود السرقة من الحرز والنوم يقرب منه يعد حافظا له كالنوم عليه على المختار وقد ذكرنا من قبل

فصل في كيفية القطع واثباته

قال رحمه الله ويقطع يمين السارق من الزند لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فجاز التقييد بها وقد عرف في موضعه ومن الناس من قال يقطع الاصابع فقط لان البطش يقع بها وقالت الخوارج يقطع اليمين من المنكب لان اليد اسم لكلها ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم امر بقطع يد السارق من الرسغ ولان كل من قطع من الايمة قطع من الرسغ فصار اجماعا فعلا فلا يجوز خلافه قال ويحسم اي يكوى كي ينقطع الدم لقوله صلى الله عليه وسلم فاقطعوه ثم احسموه رواه الدارقطني ولان منافذ الدم تنسد بالكي فينقطع به فلو لم يكوى ربما استرسل فيؤدي الى التلف قال ورجله اليسرى ان عاد لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه وعليه اجماع المسلمين قال فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق واليد اليسرى مقطوعة او شلا

او اصبعان منها سواها او رجله اليمنى مقطوعة اي لا يقطع في الثالثة كما لا يقطع
اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلا الى اخره وقال الشافعي رحمه الله
يقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابع رجله اليمنى لقوله صلى الله عليه وسلم من
سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى
مفسرا كما ذهب اليه هو وظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما يتناول اليدين منهما
ولان الثالثة مثل الاولى في الجناية بل افحش فيقدم الزاجر فكانت ادعى الى شرع الحد
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث حجهم علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله بقوله م
ان لا ادع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي عليها ولم يحتج احد منهم بالمرفوع فدل على
عدمه وما رواه لم يثبت فان الطحاوي قال تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشيء منها
اصلا ولهذا لم يقل في الخامسة وان ذكر فيما روي ولئن صح فهو محمول على السياسة
او على النسخ ولانه لا يدل على ما ذكر لان اضافة جزء او ما هو الجزء الى متضمنهما
يذكر بلفظ الجمع ولا يراد به الجمع عند اهل اللغة بل يراد به التثنية فلا يتناول
الا يدا واحدا من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا يقطع في الثانية يده
اليسرى ولو تناولهما الاية لقطعت ولان السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة
وهو اسم جنس يتناول الادنى اذ كل السرقات غير مراد لعدم توقف القطع عليه
وبفعل واحد لم يقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى فخرجت اليسرى من ان يكون
مرادة ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وفي قطع الاربع اتلافه اتلافا معنى والقطع
للزجر لا للاتلاف الا ترى انه صلى الله عليه وسلم حسم المقطوع كي لا يهلك بخلاف
القصاص لان المنظور اليه المساواة لكونه حق العبد فيستوفي ما امكن جبرا لحقه
ولانه يندر وجوده فلا يستدعي زاجرا اذ الحد فيما يغلب لا فيما يندر وانما لا يقطع
اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلا الى اخره لان فيه تفويت جنس المنفعة
وهو البطش ظاهرا ولو كانت يده اليمنى شلا او ناقصة الاصابع تقطع في ظاهر الرواية
لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز ن
قال ولا يضمن بقطع اليسرى من امر بخلافه اي الذي امره الحاكم بقطع اليمين
فقطع يده اليسرى لا يضمن سواء قطعها عمدا او خطا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا يضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطا ايضا وهو القياس والمراد
هو الخطا في الاجتهاد واما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل
عفوا لزفر رحمه الله انه قطع يدا معصومة والخطا في حق العبد غير موضوع فيضمنها
قلنا اخطأ المجتهد موضوع اجماعا وهذا موضع الاجتهاد اذ النص لم يفرق بين اليدين

او السن خلافه اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلا لان فوتها لا يوجب خللا في البطش م

ولهما

ولهما انه اتلف يدا معصومة ظلما عمدا فلا يعفى وان كان مجتهدا فيه لان المجتهد لا يعذر
فيما اذا كان دليله ظاهرا على ما عرف في موضعه وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه
امتنع للشبهة اذ للسارق فيه لانه تعين اليمنى والمال يجب مع الشبهة ولابي حنيفة رضي
الله عنه انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل
قيمته ثم رجع فان قيل اليمين لم يحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة بخلاف المستشهد
به فكيف يقال اخلف قلنا اليمين كانت مستحقة الاتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصار
كالحاصلة له به ولا يلزم على هذا لو قطع رجله اليمنى حيث لا يقطع يده اليمنى ومع هذا
يجب على القاطع الضمان لانا نقول لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالمتلف ليس من جنس الباقي
فلم يخلف ما يقوم مقامه وعلى هذه النكتة التي اعتبرناها الاخلاف لو قطع السارق غير
الحداد لا يضمن في الصحيح اذ كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا انه اخلف ثم في العمد
يجب ضمان المال المسروق على السارق عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يقع حدا وسقوط
الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما بل اولى وفي الخطا كذلك على الطريقة
التي اعتبرناها ان القاطع لا يجب عليه الضمان لانه اتلف واخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة
الاخرى وهي ان القاطع اجتهد واخطا في اجتهاده حيث زعم ان الكتاب مطلق عن قيد
اليمين لكون قطع اليسار واقعا عن الحد لان المجتهد معذور في الخطا فلا يجب الضمان
اذ القطع والضمان لا يجتمعان والمراد في الخطا هو الخطا في الاجتهاد واما الخطا في
معرفة اليمين من اليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا ايضا هذا اذا عين له الامام
او الحاكم اليمين بان قال له اقطع يمين هذا واما اذا قال اقطع يده هذا ولم يعين لا يضمن المطلوبان م
القاطع بالاتفاق لعدم المخالفة اذ اليد تنطلق عليهما وكذا لو اخرج السارق يساره
فقال هذه يميني لانه قطعه بامره وهذا كله اذا كان باذن الامام واما اذا قطعه احد
قبل ان يقضي ولم يامر به يجب القصاص في العمد والدية في الخطا اتفاقا ويسقط
القطع عن السارق لان مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا كيلا يؤدي الى المثلة
ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حدا قال وطلب المسروق منه شرط القطع
اي طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق
بين الشهادة والاقرار في ذلك لاحتمال ان يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره
عند الاداء والقطع لينتفي تلك الشبهة وكذا اذا غاب عند القطع لان الامضاء في الحدود
من القضاء وفي البدايع اذا اقر انه سرق من فلان الغائب يقطع استحسانا ولا ينتظر حضور
الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند ابي يوسف رحمه الله لا ينتظر وذكر في
النهاية معزيا الى المبسوط انه لا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لان الوكيل قائم مقامه

وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير وقال ابن ابي ليلى لا يشترط حضورهما لان
الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا وقال الشافعي رحمه الله لا حاجة الى
حضوره في الاقرار دون البينة لان الشهادة تبتني على الدعوى دون الاقرار والحجة
عليهما ما بيناه **قال** ولو مودعا او غاصبا او صاحب الربا اي ولو كان
المسروق منه واحدا من هؤلاء يقطع بخصومته وكذا بخصومة المستعير والمستاجر
والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشرا والمرتهن والاب والوصي ومتولي
الوقف وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعي لا يقطع الا بخصومة المالك والخلاف
بيننا وبين الشافعي مبني على ان هؤلاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا وعنده ليس
لهم ذلك عند جحود من في يده ما لم يحضر المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون
الخصومة الا ترى انهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم مع بقا اليد لاستمرار
فلان لا يملكونها مع انتفائها اولى واحرى وزفر رحمه الله يقول لهم ان يخاصموا ولكن في
استرداد المال الى الحفظ الواجب عليه فلا يظهر في حق القطع وهذا لانهم انما يملكون
الخصومة بحكم النيابة والنيابة لا تجري في الحدود ولاحتمال ان يقر له به اذا حضر
على ما مر ولهذا لا يقطع باقراره مع غيبة المسروق منه ولانهم يملكون الخصومة للصيانة
ولو اظهرناه في حق القطع لفات الصيانة اذ بالقطع يبقى المال غير معصوم ولهذا
لا يضمن بالهلاك ولنا ان السرقة موجبة للقطع بنفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة
شرعية بناء على خصومة معتبرة فيستوفي القطع ولهؤلاء يد صحيحة وهي مقصودة
كالملك فاذا ازيلت كان لهم ان يخاصموا عن انفسهم لاستردادها اصالة لا نيابة
لانه ان كان امينا لا يتمكن من اداء الامانة الا به وان كان ضمينا لا يتمكن من اسقاط
الضمان عن نفسه الا بذلك فكان مخاصما عن نفسه باعتبار حقه ولهذا يستغني عن اضافة
الخصومة الى غيره بان يقول سرق مني بخلاف الوكيل في هذه المعاني اذ لم يكن له يد
ولا يستغني عن اضافته الى موكله ولا يخاصم باعتبار حقه فاذا كان اصيلا في الخصومة
وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك لان القطع خالص حق الله تعالى بخلاف
القصاص واما الاقرار فقد ذكر في البدائع انه لا يشترط فيه حضوره استحسانا فاقلنا
ان منع وان سلم ففيه شبهة زائدة وهي جواز ان يرد اقراره فيعتبر هذه الشبهة عند
عند عدم الدعوى الصحيحة بخلاف خصومة هؤلاء على ما ذكرنا وسقوط العصمة ضرورة
الاستيفاء ضمنا لقطع اليد فلا يكون سقوطه مضافا الى المودع ولا يكون تضييعا له
بل يكون صيانة بابلغ الوجوه لان السراق اذا علموا انه يقطع بخصومته يتحرزون عنه
وبعكسه يجترئون عليه الا ترى ان الله تعالى جعل في القصاص حياة لهذا الاعتبار ولئن

وان كان هو قبل ولا معتبر بالشبهة الموهومة باعتراض المالك لبعدها كما اذا حضر
المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وان كانت شبهة
الاذن في دخول الحرز ثابتة ويقطع بخصومة المالك من السرقة ممن ذكرنا وعن محمد
رحمه الله انه لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه
فكان اجنبيا والظاهر الاول لان خصومته صحيحة واقعة عن نفسه لاسترداد
ماله الا ان الراهن انما يقطع السارق بخصومته اذا كانت العين قائمة بعد قضاء دينه
لان العين اذا هلكت صار المرتهن مستوفيا لدينه فلا مطالبة للراهن وكذا قبل قضا
الدين لا حق له في مطالبة العين فلا يقطع بخصومته قال الراجي عفو ربه ينبغي ان
يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كان قيمة الرهن اكثر من الدين وكان الفضل
يبلغ نصابا لان له ان يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة **قال**
ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم اي لو سرق من المودع والغاصب وصاحب الربا
وقد بيناه **قال** لا بطلب المالك او السارق لو سرق من سارق بعد القطع
معناه اذا قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع لم يكن له ولا لرب السرقة ان
يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم بعد القطع في حق الاول فلم تنعقد موجبة
للقطع وهذا لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت من يد المالك او الامين او الضمين
ولم يوجد شيء من ذلك هنا اذ السارق الاول ليس بمالك ولا امين ولا ضمين فلا يقطع
بخلاف ما اذا سرقت قبل ان يقطع بعد حيث يكون له ولرب السرقة القطع على ما بينا
في الغاصب ونحوه وليس للاول ولاية الاسترداد في رواية لان يده ليست بصحيحة تصح
اذ هي ليست بالملك او الامانة او الضمان ولم يوجد واحد منها وفي رواية له ذلك
ليرده على المالك اذ الرد واجب عليه ولا يتمكن الا به **قال** ومن سرق
شيئا ورده قبل الخصومة الى مالكه او ملكه بعد القضا او ادعى انه ملكه او نقصت
قيمته من النصاب لم يقطع اما اذا رده السارق قبل الخصومة الى مالكه فلان الخصومة
شرط لظهور السرقة وهذا لان القطع وان كان حق الله تعالى لكن ثبوته في ضمن حق العبد
في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع
السارق وحق المسروق منه هنا لم يثبت لان ثبوته بالبينة هنا بنا على خصومة صحيحة ولم
يوجد فلا يثبت القطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد
المرافعة قلنا بعد المرافعة وجدت الخصومة وانتهت بالرد والشي بانتهائه لا يبطل
بل يتقرر ويتاكد فيكون موجودة حكما وتقريرا وهذا ظاهر فيما اذا رده بعد القضا
بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود قبل القضا استحسانا لان السرقة قد

ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة ولو ردها على والديه او ذي رحم
ان لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا
يضمن المودع والمستعير بالدفع اليهم وان كانوا في عياله فهو كرده الى المسروق
منه فلا يقطع ان كان قبل المرافعة لوجود الوصول اليه قبل الخصومة ولهذا
لو رد المودع والمستعير عليه لا يضمن والوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله بقبض
برأ المديون بقبضه وكذا لو رد على امرأته او اجيره مسانهة او مشاهرة او عبده
ولو رده الى والديه او جده او والدته او جدته وليس في عياله لا يقطع لان هؤلاء شبهة
الملك فثبت به شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق
من مكاتب ورده على مولاه لا يقطع لان ماله له رقبة ولو سرق من العيال ورد الى من
يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق ايديهم في ما لهم واما اذا ملكه السارق بعد القضا
بالقطع فان الامضاء من القضاء في الحدود وقد اعترض ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة
فيمتنع الامضاء كتغير اوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة
بخلاف رده الى المالك لانه يؤكد الخصومة منتهيا لحصول مقصودها فتتقرر واما
التمليك فيضاد مقصودها اذ لا يخاصم احد ليملك وانما يخاصم ليسترد فيقطعها
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع وهو قول الشافعي وزفر رحمهما الله لان السرقة وقعت
موجبة للقطع لاستجماع شرائطها وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا اثر للعارض في
ايراث الخلل في الظهور او الوجوب لان الهبة ونحوها من اسباب الملك يوجب ملكا
حادثا فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على المالك وتخريجنا الوجه والفرق بينهما فلا نعيده
فان قيل اذا تزوج من زنا بها لا يحد فلولا ان العارض كالعدم لما لا يحد قلنا بعد التسليم الحد
باعتبار ما استوفى من منافع البضع وهو متلاش والقطع باعتبار العين وهو باق واما
اذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه فمعناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة
عليه وقال الشافعي لا يسقط عنه الحد بمجرد الدعوى ما لم يقم بينة لانه لا يعجز عنه
سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال
ولا معتبر بما قال فان المقر اذا رجع صح وان كان لا يعجز عنه سارق واما اذا انتقصت
قيمة العين المسروقة عن النصاب فالمراد به النقصان من حيث السعر بعد القضاء
قبل القطع لا من حيث نقصان العين بان كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم القطع
ايل فانه لا يقطع وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان النصاب
تم عند الاخذ وهو المعتبر فنقصانه بعد ذلك لا يوجب خللا فيه كما في النقصان في

العين

بلغ

العين ولنا ان النصاب في العين لما كان شرطا شرط قيامه عند الامضاء على ما بينا من قبل
بخلاف نقصان القيمة لنقصان العين لان العين مضمون على السارق فيكمل النصاب
عينا ودينا ونقصان السعر ليس بمضمون على السارق لانه يكون بفتور الرغبات ومثله
لا يكون مضمونا على احد قال ولو اقرا بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا
اي لو اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما المسروق مالي لم يقطع واحد منهما سوا
ادعى قبل القضا او بعده قبل الامضا لان السرقة تثبت على الشركة وبطل الحد
عن احدهما برجوعه لانه انكر السرقة بعد الاقرار فكان رجوعا في حقه واورث
شبهة في حق الاخر لاتحاد السرقة بخلاف ما لو قال سرقت انا وفلان كذا وفلان
ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله
هو يقول انه اقر بفعل مشترك فلا يثبت غير مشترك وقد بطلت الشركة فلا يثبت
ولهما ان الشركة لما لم تثبت بانكار الاخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا
يخل بالموجود منه كقوله قتلت انا وفلان فلانا وقال الاخر ما قتلت يقاد المقر
وحده وكقوله زنيت انا وفلانة وكذبه الاخر حد المقر وحده قال
ولو سرقا وغاب احدهما وشهد على سرقتهما قطع الاخر اي الحاضر وكان ابو حنيفة
رحمه الله اولا لا يجب عليه القطع لان الغائب ربما يدعي الشبهة عند رجوعه
ثم رجع وقال يقطع لان سرقة الحاضر يثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم لانه لو
حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر قال
ولو اقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة للمسروق منه وهذا على الاطلاق قول
ابي حنيفة رحمه الله وقوله ترد السرقة اذا كانت قائمة وان كانت هالكة
لا يضمن على ما يجيء من قريب وقال ابو يوسف ومحمد ان كان العبد ماذونا له او مكاتبا
او كان المسروق مستهلكا فكما قال ابو حنيفة وان كان محجورا عليه والمال قائم
في يده فعند ابي يوسف رحمه الله يقطع والمال للمولى الا ان يصدقه المولى فيدفع الى
المسروق منه وقال محمد رحمه الله لا يقطع والمال للمولى الا ان يكون ماذونا له في
التجارة فيصح اقراره في المال او يصدقه المولى لان اقراره بالقطع يتضرر به المولى
فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية في
ضمنه فيصح اذ لا تهمة فيه الا يرى الى ان قوله يقبل في هلال رمضان وكذا لو اقر
الماذون له في التجارة بالدين او اقر الحر المديون بالدين يقبل لعدم التهمة فكذا
هذا ولمحمد رحمه الله ان اقرار المحجور عليه في المال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب
وما في يده للمولى فلا يقطع به بخلاف المستهلك حقيقة ان المال اصل فيها والقطع تابع

فلانا ثم

يقول ثم

يعني ثم

المال ثم

الا ان يصدقه المولى ثم

وقال زفر رحمه الله القطع في الوجوه كلها والمال للمولى ثم

لعدم التهمة ثم

حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال بدون القطع كما اذا شهد رجل
وامرأتان او اقر ثم رجع دون عكسه فاذا بطل في حق الاصل بطل في التبع بخلاف
المأذون له لان اقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في حق القطع تبعا وبخلاف
اقراره بالمستهلك لان ملك المولى لم يظهر فيه ليرد ولابي يوسف رحمه الله
انه اقر على نفسه بالقطع فيصح وعلى المولى بالمال لان ما في يد العبد لمولاه فلا يصح
والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب الذي مع عمرو سرقته من زيد فانه
يقطع ولا يصدق في اقراره في حق الثوب وكما لو اقر بسرقة مال مستهلك ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان الاقرار بالقطع قد صح منه لكونه ادميا وصحته لعدم التهمة فيصح
بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى تسقط عصمة
المال باعتبار القطع ويستوفي القطع بعد هلاك المال بخلاف مسئلة الحر لان القطع
يجب بالسرقة من المودع ولا يقطع العبد بمال مولاه ابدا فالحاصل هذا الخلاف
راجع الى ان المال اصل او القطع او كلاهما فعند ابي حنيفة رضي الله عنه القطع
هو الاصل والمال تبع وعند محمد رحمه الله المال هو الاصل فلا يثبت القطع بدونه
وعند ابي يوسف رحمه الله كلاهما اصل وحكى الطحاوي رحمه الله ان الاقاويل
الثلثة مروية عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد والثاني اخذ به ابو يوسف
وهو نظير اقواله في الجلال فعدت من مناقبه رضي الله عنهم جميعا **قال**
ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائمة معناه اذا قطع السارق وكانت العين
المسروقة قائمة في يده ترد على صاحبها لقيام ملكه فيها وان كانت هالكة لا يضمن
السارق وان استهلكها فكذلك في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى
وهو المشهور وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة يضمن وعن ابن سماعة عن محمد انه يفتى
باداء القيمة لانه اتلف مالا محظورا بغير حق ولا يحكم به لانه يؤدي الى ايجاب
ما ينافي القطع وكذلك في قاطع الطريق اذا اخذ مالا وقتل نفسا يفتى باداء
الضمان والدية وكذا الباغي لان السبب قد انعقد ونفذ الحكم به لعارض فلا يعتبر
في حق الفتوى وفي الكافي هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبل القطع فان قال
المالك انا اضمنه لم يقطع عندنا وان قال انا اختار القطع يقطع ولا يضمن وقال
مالك رحمه الله ان كان السارق صاحب مال يضمن والا فلا نظرا للجانبين قلنا
المضمون لا يختلف بين ان يكون موسرا او معسرا وانما يؤثر الاعسار في التاخير
لا غير وقال الشافعي رحمه الله يضمن سواء هلك او استهلكه فحاصله ان القطع والضمان
لا يجتمعان عندنا كالحد مع العقر وعنده يجتمعان لانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا

سببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى
وهو ترك الانتهاء عما نهي عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه
اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر
كالدية مع الكفارة في القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء في قتل الصيد المملوك في الحرم
وكايجاب القيمة مع الحد في شرب الخمر الذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي
الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه ~~ولانا لو~~
ولانا لو ضمناه ينتفي وجوب القطع لما عرف ان ضمان العدوان يوجب ملك المضمون
من الوقت ضرورة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فتبين انها وردت على
ملكه وان القطع كان بغير حق لانه لا يقطع على اخذ ما لنفسه فكان القول به باطلا
ولان القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب الا بجناية واقعة على حقه خالصا بلا شبهة
وذلك بان يكون معصوما لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر والميتة فلا يضمن
ولو كان مباحا لذاته حراما لغيره وهو حق مالكه فكان حراما من وجه دون وجه
فيسقط الحد للشبهة فيصير حراما حقا للشرع فقط كالزنا فلا يضمن الا ان هذه
العصمة وهي كونه معصوما لله تعالى لا تظهر في حق شخص اخر حتى يضمنه بالاتلاف
لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق بالنسبة الى الاستهلاك لانه فعل
اخر غير السرقة فلا ضرورة اليه في حقه وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما
هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا ضرورة جعله معصوما لحق العبد بالنسبة
الى الاستهلاك اذ لا يؤدي الى انتفاء القطع باعتباره مالا في حقه كما في حق الاجنبي
ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه بمعنى انه لو كان
معصوما لحق العبد في حق الاستهلاك لادى الى سقوط القطع ولذا ظهر سقوط
العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لانه لو لم تسقط في حقه يلزم
ان يجب مال معصوم في حقه بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء
المماثلة كما لا يجب باستهلاك المنافع لهذا المعنى ولا نسلم ان هنا سببين بل سبب
واحد وهو سرقة مال متقوم لصيانة اموال الناس لا غير فلا يجب حقان مختلفان
بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لان هناك سببين
مختلفين لان ما يجب من الجزاء حقا لله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوما مملوكا
الا ترى انه لو قتل صيدا غير مملوك او صيد نفسه او شرب خمر نفسه او قتل عبد
نفسه يجب هذه الاجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل بدلا عنه فتعدد
الموجب لتعدد السبب فافترقا فان قيل متى اسقطت العصمة حقا لله تعالى ان تلتم

قبل السرقة فيه نفسه سبق الحكم على السبب وان قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد لان
السبب صادف محلا محترما حقا للمالك وان قلتم مع السرقة فهو باطل ايضا لان
السرقة وقت الوجود ليست بموجودة فكيف يوجد حكمها قلنا انقلب العصمة قبيل
السرقة متصلا بالسرقة لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب
اذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم
فقال اعتقت يثبت الملك مقتضى العتق سابقا عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا
فان قيل اذا انقلبت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته قلنا ما شرط
المالك لذاته بل لاظهار السرقة وليتمكن الامام من القطع حتى لو وجدت الخصومة
من غير المالك اكتفي به على ما مر **قال** ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئا
يعني لو سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ولو حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم
لا يضمن شيئا بالاتفاق لهما في الخلافية ان المسقط للضمان القطع وهو حصل للحاضر
لانه لا يستوفى الا بالخصومة وانما هي عند القاضي ولم يوجد ذلك من غيره فيقطع
له خاصة اذ ليس نائبا عنهم فبقيت اموالهم معصومة على حالها ولهذا لو حضروا
وادعوا السرقة لم ياخذوها حتى يقيموا البينة على السرقة ولو كانت خصومته
للكل لاخذوها كما ياخذها هو وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان
مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط لظهورها عند القاضي وعند من له الحق
لعلمه لوجوب القطع اذ هو بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى وهو لا يخفى عليه
خافية فلا حاجة الى القضاء بل الى الاستيفاء فاذا استوفي كان للكل لعود منفعته
الى الكل بخلاف المال لانه حق العبد فتشترط الخصومة منه ولان القطع متحد فيكون
القضاء به للكل بخلاف الاموال فان قيل الخصومة شرط الخصم بالذات لا بالبدل   لبصره ح
ولهذا لو اختار التضمين لا يقطع ولا يصح البدل من واحد عن الكل قلنا بدل الا لـ
سقوط عصمته امر شرعي بني على استيفاء القطع لا باختيار العبد الا ترى انه
يستوفيه الحاكم بخصومة من لا يملك البدل كالاب والوصي والمكاتب والعبد
الماذون له وعلى هذا اذا سرق من واحد نصابا مرارا ثم قطع لاجل نصاب   الخلاف ح
واحد **قال** ولو شق ما سرق في الدار ثم اخرجه قطع وذلك مثل ان يسرق ثوبا
فيشقه نصفين قبل ان يخرجه من الدار ثم اخرجه وقيمته عشرة دراهم بعد الشق
فانه يقطع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع لانه احدث فيه سبب الملك وهو
الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه

خيار البائع ثم فسخ البيع ولهما ان الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعا وانما هو
سبب للضمان وانما يثبت الملك ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك
واحد ومثله لا يورث الشبهة كالاخذ نفسه وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه بخلاف
ما استشهد به لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار
تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك عليه لا يقطع بالاتفاق   الثوب ح
لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة بل اولى لاستناده
واقتصار الهبة وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا قطع بالاجماع
لانعدام سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن
النقصان مع القطع هنا وكذا اذا كان الخرق فاحشا واختار اخذ الثوب وتضمين
النقصان ولا يمتنع هذا التضمين بالقطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما
فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمتنع كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما
في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب وذكر الخبازي ان الصحيح انه لا يضمن
النقصان لانه ضمان هذا الثوب فيكون كانه ضمن فيكون مشتريا كانه فينتفي القطع   ملكه ما ح
وتكلموا في الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ان اوجب الخرق نقصان ربع القيمة
فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقي لثوب فاحش واليسير   ما فيه ح
ما يصلح وقيل ما ينتقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه استهلاك
لان للاكثر حكم الكل والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة
واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخلاف ثبت ما لم
يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق
الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص اكثر من نصف القيمة **قال** ولو
سرق شاة فذبحها واخرجها لا اي لا يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه
قال ولو صنع المسروق دراهم او دنانير قطع وردها اي لو سرق ذهبا او
فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع ورد الدراهم والدنانير
الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها
واصل هذا الخلاف في الغصب في ان الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه
الصنعة ام لا بناء على انها متقومة ام لا فعنده لا يملك لانها لا تتقوم وعندهما يملك
لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لانه لم يملكها على قوله وعلى قولهما لا يجب
القطع لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه بالصنعة صار شيئا اخر فلم يملك عينه   صار ح
وعلى هذا الخلاف اذا اتخذ حليا او انية **قال** ولو صبغه احمر فقطع لا يرد

ولا نضمن اي لو سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره
في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه احمر لم يؤخذ
منه الثوب ولا يضمن قيمته بتأخر الصبغ عن القطع ولفظ محمد رحمه الله سرق الثوب
فقطع يده وقد صبغ الثوب احمر الى اخره فدل على انه لا فرق بين ان صبغه قبل القطع
او بعده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه الثوب
ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو اصل والصبغ تبع فكان
اعتبار الاصل اولى كما في الغصب ولهما ان صبغ السارق في الثوب قائم صورة ومعنى
وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى حتى اذا هلك عنده او استهلكه لا يجب
عليه الضمان فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا صبغه انقطع حق المالك
لما قلنا بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم من كل وجه فرجحنا جانب
الاصل دون التبع فان قيل اذا انقطع حق المالك وجب ان يملكه السارق من حين سرق
فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه ابيض بوجه ما فصار
كما لو سرق حنطة فطحنها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق لما قلنا وحقيقته ان ثبوت
الملك فيه للسارق لرجحان الصبغ لكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب
بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله **قال** ولو اسود يرد اي لو صبغ الثوب
اسود يرد الثوب على المسروق منه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
لا سبيل للمسروق منه على الثوب لان السواد نقصان عند ابي حنيفة وليس بزيادة
ونقصان المسروق لا يسقط حق المالك بخلاف الزيادة فيرد على المالك وعند ابي يوسف
ومحمد السواد زيادة لكن الزيادة لا يقطع حق المالك عند محمد بل يرد ويأخذ ما
زاد الصبغ وعند ابي يوسف رحمه الله يقطع ولا يأخذ الزيادة على ما بينا في
الغصب وكذا اذا قطع الثوب وخاطه لا يسترد منه

باب قطع الطريق

شرائط قطع الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة فيما يختص به دون السرقة الصغرى
احدها ان يكون من قوم لهم قوة وشوكة ينقطع بهم الطريق والثاني ان لا يكون في مصر ولا فيما
بين القرى ولا بين مصرين وان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لان قطع الطريق
انما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لانهم يلحقهم
الغوث من جهة الامام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق
وعن ابي يوسف رحمه الله انهم لو كانوا في المصر ليلا او فيما بينهم وبين اقل من مسيرة سفر

تجري عليهم احكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة
المتلصصة **قال** اخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان اخذ مالا
معصوما قطع يده ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفى الولي وان قتل
واخذ قطع وقتل او صلب او قتل وصلب والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين
يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال لان
الجنايات متفاوتة والحكمة ان يتفاوت جزاؤها وهو اللائق بحكمة الله تعالى
وانما ذكر انواع الجزاء ولم يذكر انواع الجناية لانها معلومة فكان بيان اجزائها
اهم وهذا لان انواع الاجزية ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهي المحاربة
وهي معلومة بانواعها فاكتفى باطلاقها وبين انواع الجزاء فوجب التقسيم على حسب
انواع الجناية اذ ليس من الحكمة ان يسوى في العقوبة مع التفاوت في الجناية
كيف وقد روي ان جبريل عليه السلام نزل بهذا التقسيم في اصحاب ابي بردة
وقال مالك الامام مخير اي شيء شاء من هذه الاجزية يفعل بكل واحد من الجناية
لان كلمة او تقتضي ذلك كما في كفارة اليمين وجوابه انها مقابلة بالجنايات فاقتضى
الانقسام فتقديره ان يقتلوا ان قتلوا او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال او تقطع
ايديهم وارجلهم ان اخذوا المال او ينفوا ان اخافوا بخلاف كفارة اليمين فانها
مقابلة بجناية واحدة وهي الحنث فكانت للتخيير والذي يدل على ما قلنا ما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما في قطاع الطريق اذا قتلوا واخذوا المال قتلوا و
صلبوا واذا قتلوا ولم ياخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا اخذوا المال ولم
يقتلوا قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف واذا اخافوا السبيل ولم ياخذوا مالا
نفوا من الارض رواه الشافعي في مسنده وحكاه في المنتقى ثم هذه الاحوال اربعة
الاولى ان يؤخذ قبل ان يقتل نفسا ولا ياخذ مالا وهو المراد بقوله اخذ قاطع
الطريق قبله وهذه الهاء ترجع الى غير مذكور وحكمه ان يحبس حتى يتوب وقال
الشافعي المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وهذا ليس بسديد لان دفع
اذاه لا يحصل بذلك لانه يفسد في موضع اخر وان اخرج بالنفي من دار الاسلام
ففيه تعريضه على الردة ولم يعهدنا الشارع ذلك فتعين الحبس لانا عهدنا عقوبة
في الشرع وفيه نفيه عن وجه الارض وهو ابلغ وجوه النفي قال القائل

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها ... فلسنا من الاموات فيها ولا الاحيا
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة ... عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

فكان ادفع لشره واشد عقوبة على ارتكابه المنكر وهو الاخافة والحالة الثانية

ان يوخذ بعد ما اخذ المال ولم يقتل النفس واصاب كل واحد منهم نصابا فانه
يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان المال لمسلم او ذمي لا مستامن وهو المراد
بقوله وان اخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف لما تلونا ولان جنايته
افحش من السرقة الصغرى فكانت عقوبته اغلظ بقطع اليدين وكان من خلاف
لئلا يفوت جنس المنفعة حتى لو كانت يده مقطوعة او شلا او رجله اليمنى كذلك
لا يقطع لما ذكرنا فان قيل لما تضاعف قطعه ينبغي ان يتضاعف نصابه فيكون
عشرين درهما قلنا تغلظ العقوبة هنا بتغلظ الجناية بمحاربته الله ورسوله
لا بكثرة الماخوذ والحالة الثالثة ان يوخذ وقد قتل النفس ولم ياخذ المال
فان الامام يقتله حدا حتى لو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم ولا يشترط ان يكون
القتل موجبا للقصاص من مباشرة الكل والالة لانه حق الله تعالى لوجوبه
في مقابلة الجناية على حقه بمحاربته وهو المراد بقوله وان قتل قتل حدا وان
عفى الولي وقال الشافعي رحمه الله الواجب قصاص لانه قتل بانا قتل قلنا
القطع حق الله تعالى وكذا القتل لانه قسيمه وتسميته جزاء يشعر بذلك لانه
اسم لما يجب لله تعالى والحالة الرابعة ان يوخذ وقد قتل النفس واخذ المال
فان الامام فيه مخير ان شا قطع يده ورجله من خلاف وقتله وصلبه وان شا قطعه
وصلبه وان شا قتله وان شا صلبه وان شا قطعه من خلاف وقتله وصلبه وهو المراد
بقوله قطع وقتل او صلب الى اخره وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع
وابو يوسف رحمه الله معه في المشهور لان القطع حد على حدة والقتل كذلك بالنص
فلا يجمع بينهما بجناية واحدة وهو قطع الطريق اذ لا يجوز الجمع بين الحدين بجناية
واحدة ولانه اجتمع عليه العقوبتان في النفس وما دونها حقا لله تعالى فيدخل ما دون
النفس في النفس كما لو اجتمع عليه حد الشرب والسرقة والرجم فانه يكتفى
بالرجم ويدخل فيه ما عداه ولابي حنيفة رضي الله عنه انه وجد الموجب لهما وهو
القتل واخذ المال فيستوفيان وهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو قطع الطريق
لكن ما يقع به القطع متفاوت فاذا تناهى بفوت الامن باخذ المال وقتل النفس
تناهت عقوبته وصار هذا كقطع اليد والرجل فانهما حدان في السرقة الصغرى
وحد واحد في الكبرى ولا تداخل في حد واحد كجلدات الحد في الزنا وغيره
وانما التداخل في الحدود ولا يلزم ان للامام ان يقتله او يصلبه ويدع القطع
لان ذلك ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب في اجزاء حد واحد فله
ان يبدا بالقتل فاذا قتله لا يفيد القطع بعده كالزاني اذا جلد خمسين جلدة فمات

اليسرى ح

ولو شا قتله ح

يترك الباقي

يترك الباقي لعدم الفايدة في اقامته بعد الموت ثم في ظاهر الرواية هو مخير
في الصلب ان شا فعله وان شا تركه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يترك
لانه منصوص عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره فلا يترك ما امكن
قلنا معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب احدا
قال ويصلب حيا ثلثة ايام ويبعج بطنه برمح حتى يموت لان المقصود
الردع وهو ابلغ من صلبه بعد القتل وعن ذلك عن الكرخي وعن الطحاوي
انه يصلب بعد القتل ولا يصلب حيا توقيا عن المثلة لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والاول اصح وهو اردع ولهذا لا يقتل
جزا بالسيف مع الامر بان يحسن القتلة ونظيره القتل الرجم في الزنا لما
قلنا ثم اذا تم له ثلثة ايام من وقت موته يخلى بينه وبين اهله ليدفنوه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبته حتى يتقطع ويسقط لانه ابلغ في الارداع
قلنا انه يتغير بعد الثلث فيتاذى الناس به والارداع قد حصل بذلك القدر
وغايته غير مطلوبة قال ولم يضمن ما اخذ يعني بعد ما اقيم عليه
الحد لما ذكرنا في السرقة الصغرى وكذا لا يضمن ما قتل وما جرح لذلك المعنى
قال وغير المباشر كالمباشر يعني في الاخذ والقتل حتى يجري احكامه
على الكل بمباشرة بعضهم وقال الشافعي رحمه الله لا يحد الا المباشر
كحد الزنا ولنا انه حكم يتعلق بالمحاربة فيستوي فيه الردء والمباشر كاستحقاق
السهم في الغنيمة وهذا لان الردء محارب مفسد ووقوفه ليتمكن المباشر
من الاخذ والقتل هو ان امكنه ويدفع عن المباشر العوائق وينضم المباشر
اليه ان تعذر وهذا هو المعتاد بينهم ولو اشتغلوا الكل بالمباشرة لما يحصل لهم
غرضهم فيكون الكل محاربين مفسدين فيدخلون تحت قوله تعالى انما جزاء الذين
يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا واي محاربة واي فساد يكون
اشد منه ولهذا جاز قتل ردء اهل البغي ولولا انه محارب لما جاز فاذا ثبت انه
محارب اجري عليه احكامه بخلاف الزنا لان غير المباشر ليس له فيه صنع لتمكنه
وحده قال والعصا والحجر كالسيف يعني القتل بالعصا او بالحجر كالقتل
بالسيف باي الة كانت بل بالاخذ المال بغير قتل او بمجرد الاخافة على ما بينا
حكمه وهو المناط هنا بخلاف القصاص لانه يعتمد القتل والقصد مبطن لا يعرف
فيستدل عليه باستعمال الة القتل وشرط ذلك لينتفي احتمال قصد التاديب
او اتلاف العضو وما اشبه ذلك قال وان اخذ مالا وجرح قطع وبطل

بطنه ح

لان قطع الطريق
يحصل بالقتل ح

الجرح لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفى بقطع اليد والرجل سقطت عصمة
النفس حقا للعبد كما سقط عصمة المال على ما بينا في السرقة الصغرى فان قيل
الجرح فعل اخر غير الاخذ فينبغي ان يعتبر حق العبد فيه لان اعتباره لا يؤدي
الى سقوط الحد في الاخذ لانهما فعلان متغايران فيجعل احدهما سببا لحق
العبد لا يمنع الاخر ان سببا لحق الله تعالى بخلاف الاخذ لانه فعل واحد على ما
بينا قلنا بل الفعل واحد وهو قطع الطريق واذا وجب حق الله به امتنع حق
العبد على ما ذكرنا من قبل **قال** وان جرح فقط او قتل فتاب او كان بعض
القطاع غير مكلف او ذا رحم محرم من المقطوع عليه او قطع بعض القافلة على
البعض او قطع الطريق ليلا او نهارا بمصر او بين مصرين لم يحد فاقاد الولي او
عفا اما اذا جرح فقط اي لم يقتل ولم ياخذ مالا فلان هذه الجناية ليس فيها
حد فلا يسقط حق العبد اذ السقوط في ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيكون حقه
باقيا فيقتص فيما فيه قصاص ويأخذ الارش في غيره وذلك الى الاولياء وعلى
هذا اذا جرح واخذ من المال دون النصاب او الاشياء التي لا يقطع فيها كالاشياء
التافهة والتي يتسارع اليها الفساد ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد
ايضا وهي طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة
وجوابه ان قصدهم المال غالبا فنظر اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا على
القتل لانه تبين ان قصدهم القتل دون المال فيحدون بعدت هذه من الغرائب
ثم اذا لم يجب الحد يكون الامر في القصاص والارش الى الاولياء لعدم وجوب
الحد واما اذا قتل او اخذ المال ثم تاب يعني قبل ان يؤخذ فلان هذا الحد لا يقام
في هذه الحالة للاستثناء المذكور في الاية ولان التوبة تتوقف على رد المال
وبعد الرد لا يقطع لما ذكرنا في السرقة الصغرى فاذا سقط صار الامر الحد
الى الاولياء في القصاص والارش على نحو ما بينا فان قيل ينبغي ان ينصرف الاستثناء
في الاية الى الذي يليه وهو قوله تعالى ولهم في الاخرة عذاب عظيم كما في اية
القذف فلا يقتضي سقوط الحد بالتوبة قلنا في هذه الاية الجمل التي قبل الاستثناء
كلها من جنس واحد اذ الكل جزاء المحاربة فينصرف الاستثناء الى الكل فيرتفع الكل
بالتوبة بخلاف الاستثناء في اية القذف لان الجملة التي تليه خلاف جنس الجمل
المتقدمة اذ هي لا تصلح جزاء للقذف وانما هي اخبار عن حاله بانه متصف
بالفسق فكانت فاصلة بينه وبين ما قبلها من الجمل فيعود اليها فقط واما اذا كان
بعض قطاع الطريق غير مكلف بان كان صبيا او مجنونا فلان هذه الجناية واحدة

قامت بالكل

قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وانه لا
يثبت الحكم كالعامد والمخطئ اذا اشتركا في القتل حيث لا يجب القود وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون لان المباشر اصل والرد تبع ولا
خلل في مباشرة الاصل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم
وعلى هذا السرقة الصغرى وقوله او بعض القطاع غير مكلف يدل على ان المراة
اذا قطعت الطريق يجري عليها الاحكام لانها مكلفة وقيل لا تكون قاطعة طريق
لان بنيتها لا تصلح للحراب وعن ابي يوسف رحمه الله انها تقطع ولا تصلب والاخرس
في هذا كالصبي خلافا لابي يوسف رحمه الله ذكره في البدايع واما اذا كان بعض
القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليهم فلان الجناية متحدة فالامتناع في
ع حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع
في حقه لخلل في العصمة وذلك خاص به بخلاف الامتناع حتى اذا وقع القتل والاخذ
على المستامن خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره او عليهما يجب وكان
ابو بكر الرازي رحمه الله يقول هذه المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا
بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم حتى لا يجب
الحد باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم ويصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب
الحد عليهم لان الماخوذ شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة امتنع
في حق الباقين اما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم ياخذوا المال الا من
ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار الماخوذ
من الاجنبي والصحيح يجري على اطلاقه لما ذكرنا واذا سقط الحد كان القصاص
والتضمين الى الاولياء لانه حقهم ولم يوجد ما يسقطه واما اذا قطع بعض القافلة
على البعض فلان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد واما اذا قطع الطريق
بمصر او بين مصرين فلان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في مثل هذه
الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولان السبب
محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيتيسر
في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن تعرض له يكون محاربا لله تعالى واما في المصر
وفي القرب منه يلحقه الغوث من السلطان والمسلمين فيكون اعتماده عليهم فيتمكن
النقصان في فعل من تعرض له من حيث محاربة الله فلا يحد وقال الشافعي رحمه الله
يكون قاطع الطريق في المصر وهو القياس لوجود حقيقة القطع وعن ابي يوسف رحمه الله
انهم ان قصدوا في المصر بالسلاح يجري عليهم احكام قطاع الطريق لان السلاح

لا يلبث فلا يلحقهم الغوث وان قصدوا بالحجر او الخشب فان كان خارج المصر
فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان يقرب منه وان كان في المصر فان
كان بالليل فكذلك ايضا لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا يجري عليهم
حكم قطاع الطريق واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتى وعن ابن سماعة عن
ابي يوسف رحمه الله في المكابرين بالليل اذا لم يقدروا على الذار على الامتناع منهم
فهم محاربون واما بالنهار فهم مختلسون حتى يكونوا لا يقدر عليهم غير السلطان
والمكابرون في القرى اذا كان اهل القرية لا يقدرون على الامتناع منهم محاربون
وقال بعض المتاخرين جواب ابي حنيفه رحمه الله بما شاهد في زمانه فان الناس
في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن القاصد من قطع
الطريق الا نادرا فلا يبنى الحكم على النادر واما في زماننا فقد تركوا هذه العادة
فيتحقق قطع الطريق في الامصار والقرى وقوله فاقاد الولي او عفى يعني ان شاء اقتص
وان شاء عفا في هذه الصور كلها لانه لما لم يجب الحد فيها ظهر حق العبد لان سقوطه كان
في ضمن الحد ولم يوجد فكان استيفاؤه اليه ان شاء استوفى وان شاء عفى في القصاص امانة و
والمال **قال** ومن خنق في المصر غير مرة قتل به يعني سياسة لانه ذو فتنة
ساع في الارض بالفساد فيقتله الامام دفعا لشره وفتنته عن العباد وفي قوله
غير مرة اشارة الى انه لا يقتل الا اذا تكرر منه وهي مسالة القتل بالمثقل على ما يجي
في موضعها ان شاء الله تعالى ومن السياسة ما حكي عن الفقيه ابي بكر الاعمش ان
المدعا عليه السرقة اذا انكر فللامام ان يعمل فيه باكبر رايه فان غلب على ظنه
انه سارق وان المال المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو راه الامام
جالسا مع الفساق في مجلس الشراب وكما لو راه يمشي مع السراق وبغلبة الظن
اجازوا قتل النفس كما اذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه انه يقتله
وحكي ان عصام بن يوسف دخل على امير بلخ فاتي بسارق فانكر السرقة فقال الامير
لعصام ما ذا يجب عليه فقال على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير هاتوا
بالسوط فما ضرب عشرة حتى اقر واحضر السرقة فقال عصام ما رايت جورا اشبه
بالعدل من هذا والله اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة واصل السير ومحالة السير الا انها غلبت في الشرع على امور المغازي ذي
وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج **قال** الجهاد فرض كفاية ابتداء يعني

محمد علي

يجب علينا ان نبداهم بالقتال وان لم يقاتلونا لقوله تعالى وقاتلوا المشركين
كافة وقاتلوا الذين لا يومنون بالله واليوم الاخر وقال انفروا خفافا وثقالا
وجاهدوا باموالكم وانفسكم وقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض منذ بعثني
الله الى ان يقاتل اخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل وقوله صلى الله
عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وعليه
اجماع الامة وكونه فرضا على الكفاية لانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد
في نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد
فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ودفنها ورد السلام ولان
في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب
ذلك فينبغي ان يتولى البعض الجهاد والبعض التجارة والحرث والحرف التي يقوم
بها المصالح والتقوية توجب على الكفاية والذي يدل على انه فرض كفاية قوله
تعالى لا يستوي القاعدون من المومنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا
وعد الله الحسنى وعد القاعد بالحسنى ولو كان فرض عين لذم وكانت الصحابة
رضي الله عنهم يغزو بعضهم ويقعد بعضهم ولو كان فرض عين لما قعدوا وهذا
هو الذي تقرر عليه امر الجهاد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابتداء
الامر مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح بالحكمة
الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعا الى الدين بالموعظة دلهم
والمجادلة الحسنة قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم
بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداية منهم بقوله تعالى اذن للذين
للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع ثم امر بالقتال ابتداء في بعض هم
الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ثم بالبداية بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها بقوله
تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى غير ذلك من الايات والاخبار المطلقة
وقد حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة
نوع من القتال فهذا يدلك على ان تحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ
قال فان قام به قوم سقط عن الكل لحصول المقصود بذلك على ما
بينا انه مشروع لغيره فاذا حصل المقصود بالبعض كفى **قال** والا اثموا
بتركه اي ان لم يقم به احد اثم الكل بتركه لانه واجب على الكل فياثمون
بتركه **قال** ولا يجب على صبي وامراة وعبد واعمى ومقعد واقطع لقوله

ليس على الأعمى حرج الآية نزلت في أصحاب الأعذار حين هموا بالخروج مع النبي
صلى الله عليه وسلم لما نزلت آية التخلف ولأنهم عاجزون والتكليف بالقدرة
ولأن الصبي مظنة المرحمة فلا يؤتى به إلى المهلكة والمرأة والعبد مشغولان
بخدمة الزوج والمولى وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع
قال وفرض عين إن هجم العدو فيخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها
وسيده لأن المقصود لا يحصل إلا بإقامة الكل فيجب على الكل وحق الزوج
والمولى لا يظهر في حق فروض الأعيان كالصلاة والصيام بخلاف ما قبل النفير
لأن بغيرهم كفاية فلا ضرورة إلى إبطال حقهما وكذا الولد يخرج بغير إذن
والديه وفي غير النفير العام لا يخرج إلا بإذنهما وكذا كل سفر فيه خطر لأن الإشفاق
عليه يضرهما وإن لم يكن فيه خطر فلا بأس بأن يخرج بغير إذنهما إذا لم يضيعهما
والأجداد والجدات مثلهما عند عدمهما وكذا المديون لا يخرج إلا بإذن الدائن
إلا في النفير العام والأصل فيه قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية أي اخرجوا
إلى الجهاد شبانا وشيوخا أو ركبانا ومشاة أو فقرا وأغنيا وقد جاء في التفسير
خفافا شبابا أغنيا وثقالا شيوخا فقرا وهذا أبلغ وفي الجامع الصغير الجهاد
واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم فقوله في سعة إشارة إلى أن
مباشرة القتال لا يجب في كل وقت بل الاستعداد له كاف وقوله حتى يحتاج
إليهم إشارة إلى أن مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة إليهم وهو
النفير العام لأن المقصود حينئذ لا يحصل إلا بإقامة الكل فيفترض عليهم
مباشرته وذكر في النهاية معزيا إلى الذخيرة إذا جاء النفير إنما يصير فرض
عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فأما من وراءهم يبعد
من العدو فإن كان الذين هم بقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو أو
قادرين إلا أنهم لا يجاهدون لكسل بهم أو تهاون افترض على من يليهم فرض
عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين شرقا وغربا
وعلى هذا التفصيل صلوة الجنازة وتجهيزها **قال** وكره الجعل إن وجد
فيء والمراد به أن يضرب الإمام الجعل على الناس للذين يخرجون إلى الجهاد لأنه
يشبه الأجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما أشبهه ولأن مال بيت المال
معد لنوائب المسلمين وهذا من جملته **قال** وإلا لا أي إن لم يوجد في
بيت المال فيء لا يكره لأن الحاجة إلى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الأدنى لدفع
الأعلى وقد أخذ النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه

وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد
وقيل يكره أيضا لما بينا والصحيح الأول لأنه تعاون على البر وجهاد من البعض
بالمال ومن البعض بالنفس وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد
بالنفس والمال ومنهم من يقدر بأحدهما وكل ذلك واجب لقوله تعالى وجاهدوا
بأموالكم وأنفسكم وقوله تعالى إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم
بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله وقال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال
صلى الله عليه وسلم المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا وأطلق الإباحة
في الشرح ولم يقيده بشيء واستدل عليه بقوله صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن يغزو
بأجر كمثل أم موسى ترضع ولدها لنفسها وتأخذ الأجر عليه وكانت تأخذ من فرعون
دينارين كل يوم **قال** فإن حاصرناهم ندعوهم إلى الإسلام لما روينا
عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما قط
إلا دعاهم رواه أحمد وقال صلى الله عليه وسلم لفروة بن المسيك لا تقاتلهم
حتى تدعوهم إلى الإسلام رواه أحمد **قال** فإن أسلموا وإلا إلى الجزية
أي فإن أسلموا كففنا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم
أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم
وأموالهم إلا بحقها ولا بد من أن يؤمن برسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما اكتفى
في الحديث بكلمة التوحيد لأنهم كانوا يعتقدون الشرك فإذا وحدوا علم
بذلك أنهم آمنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم لأنهم لم يعرفوا ذلك إلا منه صلى الله
عليه وسلم وقوله وإلا إلى الجزية أي إن لم يقبلوا الإسلام ندعوهم إلى أداء
الجزية لما روي أنه صلى الله عليه وسلم إذا أمّر أميرا على جيش أو سرية أمره
به في حديث طويل رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه ولأنه أحد ما ينتهي
به القتال لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فوجبت الدعوة
إليه كما يجب إلى الإسلام وهذا في حق من يقبل منه الجزية كأهل الكتاب والمجوس
وعبدة الأوثان من العجم وأما من لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان
من العرب فلا ندعوهم إلى أداء الجزية لعدم الفائدة إذ لا يقبل منهم إلا الإسلام
قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون **قال** فإن قبلوا فلهم ما لنا وعليهم
ما علينا أي إن قبلوا أداء الجزية لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون
دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ومراده بالبذل القبول وكذا بالإعطاء **قال**
المذكور في الآية لأن العصمة تحصل لهم قبل أدائها بمجرد القبول

ولا يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام لما روينا ولأنهم بالدعوة ~~إلى الإسلام~~
~~لما روينا ولأنهم بالدعوة~~ إليه يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سبي الذراري
وسلب الأموال فلعلهم يجيبون فتحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل
الدعوة أثم للنهي عنه ولا غرم لأنهم غير معصومين بالدين والإحراز بالدار
فصار كقتل من لا يقاتل منهم وقال الشافعي رحمه الله يضمنون والحجة عليه ما
بينا قال ويدعو ندبًا من بلغته أي يدعو استحبابًا من بلغته الدعوة
مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه
قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رهطًا من الأنصار إلى أبي رافع فدخل
عبد الله بن عتيك بيته ليلًا فقتله وهو نائم رواه أحمد والبخاري وقال
في المحيط قالوا تقديم الدعوة إلى الإسلام على القتال كان في ابتداء الإسلام حين
لم ينتشر الإسلام ولم يستفض وأما بعدما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك
إلى ماذا يدعى حل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام
دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر والدليل ما روي عن ابن عون أنه قال
كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب إلي إنما كان ذلك في أول
الإسلام وقد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون
وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية
ابنة الحارث حدثني به عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وكان في ذلك الجيش رواه
أحمد ومسلم والبخاري وعن أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا غزا
قومًا لم يغز حتى يصبح فإن سمع أذانًا أمسك وإن لم يسمع أغار بعدما يصبح رواه
أحمد والبخاري والإغارة لا تكون بعد الإعلام فإذا كان ذلك في زمنه صلى الله
عليه وسلم لاشتهار الإسلام فما ظنك في زماننا وقد اشتهر وبلغ الشرق والغرب
فلا تجب الدعوة بعد علمهم بالعناد ولأنهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون
فلا يقدر عليهم قال ونستعين بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق
وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم ورميهم وإن تترسوا
ببعضنا ونقصدهم أي إن لم يقبلوا الجزية نستعين بالله ونحاربهم بهذه الأشياء
التي ذكرها وبكل ما يمكن فيه كسر شوكتهم وإلحاق الضرر بهم لما روي أنه صلى الله
عليه وسلم كان يقول في وصية أمراء الجيوش فإن هم أبوا فاسألهم الجزية فإن
أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن هم أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم رواه
مسلم ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور

ويقاتل بكل ما يمكن لما روى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على
أهل الطائف وأحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم البويرة وكان فيها نخل حتى
قال الشاعر وهو حسان رضي الله عنه

وهان على سراة بني لؤي ... حريق بالبويرة مستطير

وصح أنه صلى الله عليه وسلم قطع النخيل وقال الله تعالى في ذلك ما قطعتم من لينة
أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله رواه أحمد والبخاري ومسلم ولأن
في ذلك كله إلحاق الغيظ بهم وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون
مشروعًا وقد قال الله تعالى ولا يطؤون موطئًا يغيظ الكفار وقوله ورميهم
وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم يعني نحاربهم برميهم وإن تترسوا بالمسلمين
ونقصدهم بالرمي دون المسلمين وقال الحسن بن زياد رحمه الله إذا علم
أن فيهم مسلمًا وأنه يتلف بذلك لا يحل لأن الإقدام على قتل المسلم حرام
وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين
فكان مراعاة جانب المسلم من ذلك الوجه ونحن نقول أمرنا بقتالهم فلو اعتبرنا
هذا المعنى أدى إلى سد باب الجهاد لأن حصونهم ومدائنهم لا تخلو عن مسلم
ولأن في الرمي دفع الضرر العام بإلحاق ضرر خاص فكان أولى ألا ترى أنه يجوز
لنا أن نفعل بهم ذلك وإن كان فيهم من لا يجوز لنا قتله كنسائهم وصبيانهم
والرهبان والشيوخ ونقصد بالرمي الكفار لأن التمييز بالنية ممكن وإن لم
يمكن فعلًا والتكليف بحسب الطاقة وإن أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة
وقال الشافعي رحمه الله تجب فيه الدية والكفارة لأنه قتل مسلمًا خطأ فيجب
موجبه ولأن الإطلاق للضرورة ولا تنافي الضمان كأكل مال الغير حالة المخمصة
ولنا أن الجهاد فرض فلا تجامعه الغرامة كتعزير الإمام وحده وكالبزاغ والفصاد
لأنه التزمه بعقد بخلاف ما ذكر لأن أكل مال الغير حالة المخمصة ليس بفرض
وإنما هو رخصة حتى كان تركه أولى لكونه أخذًا بالعزيمة وبخلاف المرور على
الطريق وضرب الزوجة لأنه مطلق له وليس بفرض عليه فيكون مقيدًا بشرط السلامة
قال ونهينا عن إخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليها لما فيه من
تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا
بالقرآن في أرض العدو وقيل قارئ القرآن وذكر الطحاوي أن هذا النهي كان في
ابتداء الإسلام حين كانت المصاحف والقراء قليلين فيخاف ذهاب شيء من القرآن
ثم انتسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقراء عن ظهر القلب والأول أصح وأحوط

وكذا فيه تعريض المراة على الضياع والفضايح فيكره اخراجها وان دخل اليهم بامان
فلا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم
الخيانة والجري على العادة وان كان العسكر عظيما فلا باس باخراج العجايز
للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك لان الغالب فيه السلامة
اذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرن القتال الا عند الضرورة
لانه يستدل به على ضعفهم فيجترى عليهم العدو واما الشواب منهن فقرارهن
في البيت اسلم والاولى ان لا يخرجوا النسا اصلا خوفا من الفتن وربما خرق بهم
امر فاشتغلوا عنهن فلا يتمكن من الدفع وان لم يكن لهم بد من الاخراج فالمناصفة
فالاما دون الحراير لان حكم اختلاط النسا بالرجال في حق الاما اخف الا
ترى انه لا باس للامة ان يسافر بغير محرم وقضا الشهوة والخدمة تحصل بعض
بهن فلا حاجة الى الحراير قال وغدر وغلول لما انه صلى الله عليه وسلم
نهى عنهما وكلاهما هو الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والغدر اعم
قال ومثلة لما روى عن صفوان بن عسال قال بعثنا رسول الله صلى الله
عليه وسلم في سرية فقال سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ولا
تمثلوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تقتلوا وليدا رواه احمد وابن ماجه وفي شرح المختار
المنهية بعد الظفر بهم ولا باس بها قبله لانه ابلغ في كبتهم واضر بهم وهذا
حسن ونظيره الاحراق بالنار قال وقتل امراة وغير مكلف وشيخ فان
واعمى ومقعد لما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النسا والصبيان
رواه احمد والبخاري ومسلم وجماعة اخر وعن انس رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله ولا تقتلوا شيخا
فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة الحديث رواه ابو داود ولان الادمي
خلق معصوم الدم ليمكنه تحمل اعبا التكاليف واباحة القتل عارض حرابه
لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب فبقوا على اصل العصمة وعلى هذا الرهبان
الذين لا يقاتلون والمقطوع احدى يديه واحدى رجليه او اليمنى والشافعي
رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان القتل عنده جزا الكفر وقد حقق
قلنا الدنيا دار التكليف وليست بدار الجزا وانما اوجب في مقارفة بعض
الجنايات في الدنيا لتنتظم مصالح العباد لان السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد
قال الا ان يكون احدهم ذا راي في الحرب او ملكا فحينئذ يقتل لان
في قتله كسر شوكتهم وازالة ضررهم عن المسلمين وصح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد
قتل دريد

قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين لانه كان صاحب
راي وهو اعمى واذا كان يجوز قتل صبيان المسلمين لمصلحة المسلمين فقتل صبيانهم
اولى اذا كان فيه مصلحة بان كان ملكا وان لم يكن فيه مصلحة لا يقتل الا اذا
قاتل فيقتل دفعا وكذا المجنون لا يقتل الا اذا قاتل وغيرهما لا باس
بقتله بعد الاسر اذا كان قد قاتل لانه من اهل العقوبة في الجملة لتوجه
الخطاب عليه وان كان المجنون يفيق في بعض الاوقات فهو في حال افاقته كا
يقتل قاتل او لم يقاتل قال وقتل اب مشرك لقوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا وليس من المعروف البداية بالقتل ولانه يتسبب لاحيائه
فلا يكون هو سببا لافنائه قال ولياتي الابن ليقتله غيره يعني اذا ادركه
في الصف او غيره لا يقتله بل يمتنع عنه حتى يقتله غيره لقوله صلى الله عليه وسلم
لحنظلة حين استاذنه بقتل ابيه دعه يقتله غيرك ولان المقصود يحصل بغيره
من ارتكابه المحظور وان لم يكن ثم من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا
على المسلمين ولكنه يلجيه الى مكان يستمسك به حتى يجي غيره فيقتله وان قصد
الاب قتله ولم يمكنه دفعه الا بقتله فلا باس بقتله لان هذا دفع عن نفسه وايثار
لحيوته وهو له ان يدفع اباه المسلم بالقتل اذا قصد الاب قتله فالكافر اولى
ولذا له ان يوثر حياته الا يرى انه لو كان للابن ما يكفي احدهما فللابن ان يشربه
وان كان الاب يموت عطشا ولهذا يحبس الاب بنفقة ولده دون دينه لانه
يمنع النفقة قصد اتلافه فكان الحبس فيه من باب دفع الهلاك ومع هذا لو قتله
لا يجب عليه شي لعدم العاصم وقد قال عمير بن مالك قال رجل لرسول الله
صلى الله عليه وسلم لقيت ابي في العدو وسمعت منه مقالة لك فقتلته فسكت
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان فيه شي لبينه اذ هو موضع الحاجة وجد
وجداته من قتل الاب والام كابويه حتى لا يبتديهم بالقتل ولا يكره قتل
اخيه وخاله وعمه المشركين لانهم ليسوا كالاصول الا يرى انه لا يجب عليه
نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف اخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله لانه يجب
احياؤه بالانفاق عليه لاتحاد الدين وكذا بترك القتل ولذلك يجوز له قتل
ابنه الكافر لانه لا يجب عليه احياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه الكافر
قال ونصالحهم ولو بمال ان خيرا اي يصالح الامام اهل الحرب
المحارب ان كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها اي مالوا
للصلح وصالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عشر سنين على ان يضعوا الحرب

بينهم وكان في ذلك نظر للمسلمين لموادعة كانت بينهم وبين اهل خيبر ولان الصلح جهاد
في المعنى اذا كان فيه مصلحة اذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم
على المدة المذكورة بل يجوز اكثر اذا تعين فيه الخير به لاطلاق النص بخلاف ما
اذا لم يكن فيه خير حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم
الاعلون ولانه لما لم يحصل فيه دفع شرهم كان الصلح تركا للجهاد صورة ومعنى
وهو فرض فلا يجوز تركه من غير عذر وقوله ولو بمال اي بمال ياخذه المسلمون منهم
لانه اذا جاز بغير مال فبالمال اولى اذا كان بالمسلمين حاجة لما بينا انه جهاد
في المعنى وان لم يكن بهم اليه حاجة لا يجوز لانه ترك الجهاد صورة ومعنى والماخوذ
من المال يصرف مصارف الجزية لانه ماخوذ بقوة المسلمين كالجزية الا اذا نزلوا
بدارهم للحراب فحينئذ يكون غنيمة لكونه ماخوذا بالقهر وحكمه معروف
ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال ياخذونه من المسلمين لا يفعل
الامام ذلك لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بالمسلمين وفي الخبر ليس للمؤمن
ان يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك باي طريق امكن واجب
واراد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب ان يصرفهم عن المسلمين بثلث
ثمار المدينة كل سنة فقال السيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله
عنهما يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض لما امرت به وان كان رايا رايته
فقد كنا في الجاهلية لم يكن لنا ولهم دين وكانوا لا يطعمون من ثمار المدينة الا
شرى او قرى فاذا اعزنا الله تعالى وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم
الا السيف فقال صلى الله عليه وسلم اني رايت العرب رمتكم عن قوس واحد فاحببت
ان اصرفهم عنكم فاذا ابيتم ذلك فانتم وذلك وسر صلى الله عليه وسلم بذلك
فقالت اذهبوا لا نعطيكم الا السيف وميلانه صلى الله عليه وسلم في الابتداء
دليل على انه يجوز عند خوف الهلاك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يعطي المؤلفة قلوبهم لدفع ضررهم وكل ذلك جهاد معنى قال وينبذ لو
خيرا معناه لو صالحهم الامام ثم راى نقض الصلح اصلح نبذ اليهم وقاتلهم لان المصلحة
لما تبدلت كان النقض جهادا صورة ومعنى وايفاء العهد ترك الجهاد صورة
ومعنى ولا بد من النبذ اليهم لقوله تعالى فانبذ اليهم على سواء ولان الغدر به ينبغي
فكان واجبا ونبذ رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اهل مكة ويكون النبذ على الوجه
الذي كان الامان فان كان منتشرا يجب ان يكون النبذ كذلك وان كان غير
منتشر بان امنهم واحد من المسلمين سرا يكتفي بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس

الاذن بالحجر فان الحجر يكون على الوجه الذي كان الاذن فيه من الجهر والسر
ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر
الى اطراف مملكته وان كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا في البلاد وفي عساكر
المسلمين او خربوا حصونهم بسبب الامان فحتى يعودوا كلهم الى مامنهم ويعمروا
حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر وهذا اذا صالحهم مدة فراى نقضه قبل
مضي المدة واما اذا مضت المدة بطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم ولو كانت
الموادعة على جعل فنقضه قبل مضي المدة رده عليهم بحصته لانه مقابل بالامان
في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الامان فيه قال ويقاتل بلا نبذ
لو خان ملكهم لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم فلا يتصور
نقضه بعد ذلك وكذا اذا دخل دار الاسلام جماعة منهم لهم منعة باذن ملكهم
وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا وان كان دخولهم بغير اذن ملكهم انتقض
العهد في حقهم لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لانهم استبدوا بانفسهم
فينتقض العهد في حقهم ولا ينتقض في حق غيرهم لان فعلهم لا يلزم غيرهم ولو
لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد قال والمرتدين بلا مال اي يصالح
المرتدين بلا اخذ مال منهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير القتال
طمعا فيه اذا كان في التاخير مصلحة للمسلمين كما في اهل الحرب وانما لم يوخذ
منهم المال لانه يشبه الجزية لان كلا منهما ترك القتال بعوض غير ان الجزية موبد
وهذا موقت وهم لا تقبل منهم الجزية فكذا هذا قال فان اخذ لم يرد
اي ان اخذ المال منهم على الصلح لا يرده عليهم لان اموالهم غير معصومة فجاز
اخذها ابتداء بغير رضاهم وعلى هذا اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها
ان كان فيه مصلحة لاهل العدل ولا يوخذ منهم شي لانه لا يجوز وضع الجزية
عليهم واموالهم معصومة قال ولم نبع سلاحا منهم اي من اهل
الحرب لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تقويتهم فيحرم وكذا
الكراع والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب لان الحديد اصل السلاح وكذا
بعد الصلح لانه على شرف النقض او الانقضاء وكذا الرقيق لانهم يتوالدون عندهم
فيعودون حربا علينا ولا فرق بين ان يكون كافرا او مسلما لما ذكرنا ثم ما يمنع
المسلم يمنع المستامن منهم ايضا ان يدخل به دارهم لما ذكرنا وان خرج هو بشي
مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به الا اذا اسلم العبد وان بادل شيئا مما ذكرنا عليه
لا يمنع من الدخول به الا اذا كان خيرا منه وان باعه بدراهم ثم اشترى

غيره يمنع مطلقا ولا يمنع من إدخال الطعام والقماش والقماش إن منع لأن فيه
تقويتهم إلا إنا تركناه بما روي عنه صلى الله عليه وسلم أمر ثمامة أن يمير أهل
مكة قال ولا نقتل من أمنه حر أو حرة لأن أمان واحد حر من المسلمين
كافرا واحدا أو جماعة صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة
تسعى بها أدناهم رواه أحمد الذمة العهد وأدناهم أي أقلهم عددا وهو
الواحد فإنه يتولى العهد المؤبد والمؤقت وقال صلى الله عليه وسلم إن
المرأة لتأخذ للقوم أن تجير رواه أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب
وأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أمان أم هانئ رجلا من المشركين يوم فتح
مكة فيما رواه مسلم والبخاري وأحمد ولأن الواحد من أهل القتال بنفسه
وماله أو بماله ومن أهل منعة الإسلام فيخافونه فينفذ أمانه في حقه لولايته
على نفسه ثم يتعدى إلى غيره ضرورة عدم التجزي لكون سببه لا يتجزى وهو
الإسلام فصار كولاية التزويج بيان أنه لا يتجزى أن العصمة من القتل وحرمة
الاسترقاق والاستغنام لا يتصور أن يثبت في بعض شخص دون بعضه وما لا
يتجزى لا يثبت إلا كاملا فيثبت في الكل في حق الكل لأنه لمصلحة الكل فيقوم
الواحد مقام الكل لتعذر اجتماع الكل وشرط أن يكون العاقد حرا لأن
الرقيق ليس من أهل الجهاد فلا يخافونه فلم يحصل له الأمن منه حتى يتعدى إلى غيره
قال وينبذ لو شرا أي ينبذ الإمام أمان الواحد إذا كان شرا رعاية
لمصالح المسلمين واحترازا عن الغدر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به رواه أحمد والبخاري ومسلم ويؤدبه الإمام
لافتياته برأيه بخلاف ما إذا كان فيه مصلحة لأنه ربما يفوت بالتأخر فيعذر
قال وبطل أمان ذمي لأنه متهم بهم ولذا لا ولاية له على المسلم ولم
يوجد منه سبب الأمان نصا وهو الإيمان إلا إذا أمره أمير العسكر أن
يؤمنهم فيجوز أمانه لزوال ذلك المعنى برأي المسلم قال وأسير وتاجر
لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يكون من الخوف ولأنهما يجبران
عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ولو جاز مثل هذا لتخلصوا بأمانه كلما اشتد
عليهم الحرب فيؤدي إلى سد باب الفتح وكذا أمان المسلم الذي أسلم في دارهم
ولم يهاجر إلينا وكذا لو دخل مسلم في عسكر أهل الحرب في دار الإسلام وأمنهم لا
يصح أمانه لأنه مقهور بمنعتهم فلا يصح إلا إذا منهم من يقاومهم بخلاف ما إذا
أمن عشرين أو نحوهم في دار الإسلام حيث يجوز أمانه لأن الواحد وإن كان مقهورا

باعتبار

١٠٦

باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم لكنه قاهر لهم حكما بخلاف الجيش فإنهم ممتنعون
فلا يكونون في قهره حقيقة ولا حكما ألا ترى أن قوما من أهل الحرب لو دخلوا دارنا
بغير أمان كانوا فيئا ولو دخل جند عظيم منهم فقاتلهم قوم من المسلمين
حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لعدم صيرورتهم مقهورين بحصولهم في دار
الإسلام وعلى هذا التفصيل لو أخرجهم واحد من دار الحرب إلى دار الإسلام
أو في دار الحرب إلى عسكر المسلمين لأنهم يخرجون بشوكتهم إذا كانوا جندا عظيما
وإلا فيئا لا أمان فلا يجوز غدرهم قال وعبد محجور أي لا يجوز أمان
عبد محجور عليه عن القتال وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجوز أمانه وأبو يوسف
رحمه الله مع محمد فيما ذكره الكرخي ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي لمحمد والشافعي
ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة تسعى بها أدناهم
أي أدناهم حالا وهو العبد ولأنه مؤمن أهل للقتال فيخافونه فيكون أهلا
للأمان كالمأذون له في القتال وهذا لأن الإذن إنما يؤثر في دفع المانع لا في إثبات
الأهلية كمن ليس بأهل وأهلية هذا التصرف بالإيمان والامتناع ولهذا لو
عقد معهم عقد الذمة جاز لما قلنا فكذا هذا بل أولى لأنه ليس للتأبيد فيمكن
نقضه عند ظهور الخلل فيه وإنما لا يملك القتال لما فيه من تعطيل مصالحه
على المولى ولا تعطيل في الكلام المجرد فإنه نفع يعود إلى المولى وغيره من المسلمين
إذ الكلام فيه في مثل هذه الحالة ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الأمان جهاد معنى
على ما ذكرنا وهو محجور عليه عنه فيكون محجورا عليه عن الأمان بالضرورة
تحقيقه أن الأمان إزالة الخوف ومن لم يباشر القتال لا يخافونه فكيف يصح أمانه
ولأنه نوع جهاد فلا يعلمه الأمر بأشره فيخطئ ظاهرا فيمتنع كيلا ينسد عليهم باب
الفتح بخلاف العبد المأذون له في القتال لأنه عالم بوجوه الجهاد ويخافونه
لمباشرته القتال وبخلاف المرأة لأنها من أهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها حتى
تخرج لتعمل عملا يليق بحالها وذلك جهاد منها فيحصل الخوف منها وبخلاف عقد
الذمة لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه ولأنه مقابل بالجزية
فيكون نفعه ظاهرا ولأنه فرض عليهم عند طلبهم ذلك وإسقاط الفرض نفع محض
فافترقا ولو أمن صبي لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عليه فعلى
الخلاف وإن كان مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق والمختلط
العقل الذي يعقل الإسلام ويصفه بمنزلة الصبي الذي يعقل فيما ذكرنا

باب الغنائم وقسمتها

قال: وما فتح الإمام عنوة قسم بيننا أو أقر أهلها ووضع الجزية والخراج
يعني إذا فتح الإمام بلدة قهرًا فهو بالخيار إن شاء قسمها بين الغانمين يعني بعد إخراج
الخمس كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وإن شاء أقر أهلها عليها ووضع
عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة
الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وقال عمر رضي الله عنه أما والذي نفسي بيده لولا
أن أترك آخر الناس ببانًا ليس لهم من شيء ما فتحت علي قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله
صلى الله عليه وسلم خيبر ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه البخاري
أي أتركهم شيئًا واحدًا لأنه إذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم
يحضر القسمة ولم يجئ بعد من المسلمين بغير شيء منها فلذلك تركها لتكون بينهم جميعًا
والمعنى لأسوين بينهم في ذلك حتى يكونوا شيئًا واحدًا لا فضل لأحد على غيره
قوله ببانًا بباءين وألف ونون وألف وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين
والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة للنوائب وهذا في العقار وأما المنقول
وحده فلا يجوز المن به عليهم لأنه لم يرد فيه الشرع ولأنه لا يدوم بل ينقطع
والجواز باعتبار الدوام نظرًا لهم ولمن يجيء بعدهم ولهذا لا يجوز بالرقاب
وحده بدون الأرض لأنه ينقطع بالموت والإسلام وإنما يجوز تبعًا للأراضي
كيلا يشتغلوا بالزراعة عن الجهاد ثم إذا من عليهم بالرقاب والأراضي
يدفع إليهم من المنقول قدر ما يتهيأ لهم به العمل لأن عمر رضي الله عنه ترك لهم
ذلك وهو المعروف في الباب ولأن منفعة الأرض بالزراعة وهم لا يقدرون
على الزراعة إلا بآلتها فيكره له أن يكلفهم بها بدون آلة وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز المن عليهم بالأراضي بل يقسمها بين الغانمين لأنهم ملكوها بالاستيلاء
فلا يجوز إبطال ملكهم وحقهم عنها إلا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته
بخلاف المن على الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم بالقتل أصلًا فبالعوض القليل
أولى وهذا لأن الآدمي حر بأصل الخلقة والرق عارض بمشيئة الإمام بعد الأسر
فله أن يتركهم على أصل الحرية ولنا ما روينا من إجماع الصحابة رضي الله عنهم
وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة عنوة ومن بها على أهلها ولم يقسمها بين
الغانمين والدليل على أنها فتحت عنوة قول أبي هريرة رضي الله عنه فانطلقنا
وما شاء أحد منا أن يقتل منهم ما شاء إلا قتله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما اشتد عليهم القتل من أغلق بابه فهو آمن ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن
كل ذلك رواه أحمد ومسلم وأجارت أم هانئ رجلًا فأراد علي قتله فمنعته فأخبرت

بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ رواه
أحمد والبخاري ومسلم ولو كان فتحها بالصلح لحصل الأمان بذلك لا بما ذكرنا
ولأن فيه نظرًا لهم ولمن يجيء بعدهم لأنهم كالأكرة العاملة لهم العالمة بوجوه
الزراعة والمؤن مرتفعة عنهم والخراج وإن قل في الحال فهو كثير في المآل
فالقليل الدائم خير من الكثير المنقطع قال: وقتل الأسرى أو استرق أو
ترك أحرارًا ذمة لنا معناه أن الإمام بالخيار في الأسرى إن شاء قتلهم كما
قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بني قريظة فإنه قتل مقاتلهم واسترق ذراريهم
ولأن فيه حسم مادة الفساد وإن شاء استرقهم لأن فيه توفير المنفعة للمسلمين
مع دفع شرهم وقد انعقد الإجماع على جوازه إلا في مشركي العرب والمرتدين
لما عرف في موضعه وإن شاء تركهم أحرارًا ذمة للمسلمين كما فعل عمر رضي الله عنه
على ما بينا وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعة لهم لأنه كالاسترقاق
إلا مشركي العرب والمرتدين على ما يبين إن شاء الله تعالى وليس له فيمن أسلم
منهم إلا الاسترقاق لا قتله أو وضع الجزية عليه بعد إسلامه لا يجوزه
قال: وحرم ردهم إلى دار الحرب والفداء والمن لأن في ذلك كله
تقويتهم على المسلمين وعودهم حربًا علينا ودفع شرهم خير من إنقاذ المسلم الأسير
لأن بقاءه في أيديهم غير مضاف إلينا وتقويتهم بدفع أسيرهم مضاف إلينا فيحرم
وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا بأس بأن يفادي بهم أسارى المسلمين وهو
قول محمد رحمه الله لأن تخليص المسلم من أيديهم واجب ولا يتوصل إليه إلا به
وليس فيه أكثر من ترك قتل أسرى الكفار وذلك جائز بدون هذا ألا ترى أن
للإمام أن يتركه ويضع عليه الجزية على ما بينا ومنفعة تخليص المسلم أولى من استرقاقه
أو جعلهم ذمة وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم فادى بهم أسرى المسلمين
وذكر في السير الكبير أن هذا هو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه وقال
أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها لأن الثابت بعدها الملك حقيقة
فلا يجوز إبطاله بدون رضاه بعوض كسائر المعاوضات بخلاف ما قبلها لأنه
لم يثبت فيه حقيقة الملك وإنما الثابت فيه حق الملك فلا يمنع الإمام التصرف
فيه ولو أسلم الأسير لا يفادى به لعدم الفائدة إلا إذا طابت به نفسه وهو مأمون
على إسلامه وأما المفاداة بالمال فلا يجوز عند عدم الحاجة إلى المال وإن احتاجوا
إليه جاز وقال الشافعي يجوز مطلقًا وكذا مفاداة أسراهم بأسرى المسلمين
يجوز عنده لقوله تعالى فشدوا الوثاق فإما منا بعد وإما فداء وأخذ صلى الله عليه وسلم

في سورة براءة وهي آخر سورة نزلت

من المشركين يوم بدر المال فداء عن انفسهم قلنا نسخ ذلك كله بآية السيف لان
المن والفداء مذكور في سورة محمد رسول الله وهي نزلت بمكة وآية السيف نزلت
وعوتب صلى الله عليه وسلم على الاخذ يوم بدر بقوله تعالى لولا كتاب من الله
سبق الآية فجلس هو صلى الله عليه وسلم وابو بكر يبكيان وقال صلى الله عليه وسلم
لو نزل من السماء عذاب لما نجا الا عمر وكان قال نقتلهم دون ان نأخذ الفداء منهم
قال وعقر مواش شق اخراجها فتذبح وتحرق يعني يحرم عقر المواشي
في دار الحرب اذا تعذر اخراجها الى دار الاسلام بل تذبح وتحرق وقال الشافعي
رحمه الله تترك في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الشاة الا لمأكله
ولنا ان ذبح الانعام جائز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم والحاق الغيظ
بهم ثم تحرق كيلا ينتفعوا باللحم كالحرب بيوتهم ونقطع اشجارهم ونقلع زروعهم
ولا تحرق قبل الذبح لانه منهي عنه ولا تعقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة وما لا يحترق
منها تدفن في مكان لا يقفون عليه كي لا ينتفعون بها وان تعذر عليهم نقل السبي
يقتل الرجال منهم وعلى الذراري في مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كي لا يعود
ضررهم علينا بالتوالد **قال** وقسمة غنيمة في دارهم لا للايداع اي
حرم قسمة الغنيمة في دار الحرب بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على ان الملك
لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل
مسائل منها اذا لحقهم مدد قبل الاحراز بالدار لا يشاركونهم عنده وعندنا
يشاركونهم ومنها ان واحدا من الغانمين لو وطئ امة من السبي فولدت فادعاه يثبت
نسبه عنده وصارت ام ولد له وعندنا لا يثبت لفقد الملك ويجب العقر ويقسم
الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز بيعه فعنده يجوز وعندنا لا ومنها
ما اذا مات واحد قبل الاحراز بالدار يورث نصيبه عنده وعندنا لا يورث
ومنها ما لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن
ومنها ما لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا
وعنده يصح له ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر فيها وغنائم بني المصطلق
فيها ولان سبب الملك قد تم وهو الاستيلاء على مباح فيترتب عليه موجبه كالاصطياد
والاحتطاب ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والقسمة
فيها معنى البيع لاشتمالها على المبادلة معنى والنهي ايضا على الخلاف فيكون حجة عليه
فيه وفي القسمة دلالة ولان فيه قطع حق المدد فلا تشرع كيلا يتقاعدوا عن الغوث
ولان الاستيلاء يكون باثبات اليد والنقل ولم يوجد النقل لقدرتهم على الاستنقاذ

ظاهرا

١٠٢

سبق وعنده ... الاحكام ...

ظاهرا اذ القوة لهم في دارهم فصار كما لو قسم قبل الهزيمة او قبل استقرارها
وما روي محمول على انه صلى الله عليه وسلم فتح تلك البلاد وصارت دار الاسلام
ولا خلاف فيه وانما الخلاف فيما اذا لم يصر دار الاسلام ثم هي لا تجوز عندهما
وعند محمد رحمه الله تكره كراهية لا تثبت وقيل جاز بالاتفاق لانه فصل مجتهد
فيه وقد امضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن اجتهاد
فهو موضع الخلاف وقوله لا للايداع دليل على ان القسمة للايداع جائزة وصورته
ان لا يكون للامام من مركب المال حمولة تحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين
قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيها فان ابوا ان يحملوها
اجبرهم على ذلك باجر المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحمل
ضرر خاص كما لو استأجر دابة شهرا فمضت المدة في المفازة او استأجر
سفينة فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل
ولا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه لا يجبر على عقد الاجارة ابتداء كما
اذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة لا يجبر على الاجارة بخلاف ما
استشهد به فانه بناء للشرع ابتداء وهو اسهل منه ولو كان في بيت المال او في
الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مال لهم **قال** وبيعها قبلها اي حرم بيع
الغنائم قبل القسمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم
الآخر ان يبتاع مغنما حتى يقسم ولا ان يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا اخلقه
رده فيه ولا ان يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا اعجفها ردها رواه احمد
وابو داود ولانه قبل الاحراز بالدار لم يملكه على ما بينا
وبعد الاحراز بها نصيبه مجهول فلا يمكنه ان يبيع **قال** وشرك الردء
والمدد فيها اي في الغنيمة اما الردء فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة
على قصد القتال وهي السبب عندنا لا حقيقة القتال ولهذا اعتبر كونه فارسا
او راجلا عندها وعند الشافعي رحمه الله شهود الوقعة وقد تحقق واما المدد
فلان السبب الملك هو القهر وتمام القهر بالاحراز بالدار وقد شاركوهم
في هذا المعنى لانه بالمدد ينقطع طمعهم الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين على
الامداد والتعاون على قهر العدو والتلاحق وقد قال الله تعالى حرض المؤمنين
وفي عكسه من التقاعد وعدم التناصر يؤدي الى الخذلان لانهم فلا يجوز
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله اذا لحقوهم بعد انقضاء القتال وبعد الهزيمة
بناء على اصله ان الغنيمة تملك بالاخذ واستقرار الهزيمة وعندنا تملك باحرازها

او لانه بالاحراز بالدار على ما ذكرنا لوجود الاستيلاء صورة ومعنى او بالقسمة
وهو آكد من الاحراز لانه يحصل به الملك الخاص او بالبيع لان جوازه يعتمد ملكا
مستقرا فالحكم به حكم باستقراره قال لا السوقي بلا قتال اي لا يستحق
اهل سوق العسكر من الغنيمة الا ان يقاتلوا وفي قول للشافعي رحمه الله يسهم
لهم لانهم شهدوا الوقعة وقال صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة
ولان الجهاد قد وجد منهم معنى بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين ولنا ان
سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة
لا اعزاز الدين وارهاب العدو فان قاتلوا استحقوا السهم لانه بالمباشرة
ظهر ان قصدهم الجهاد والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر في طريق
الحج لا ينقص اجره وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او هو محمول على انه شهدها
على قصد القتال قال ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث
نصيبه اي لا يستحق من مات في دار الحرب من الغنيمة ومراده اذا مات قبل ان
تخرج الغنيمة الى دار الاسلام وبعد الاخراج يورث نصيبه لان الارث
يجري في الملك ولا ملك قبله بخلاف ما بعده على ما بينا من قبل وعند الشافعي
يورث اذا مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بيناه
قال وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة لما روي
عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال كنا نصيب العسل والعنب فناكله ولا نرفعه
رواه البخاري هذا دليل على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وقال ابن عمر
ان جيشا غنموا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا ولم يوخذ
منهم الخمس رواه ابو داود وهذا يؤيد ما ذكرنا وهو محمول على انه لم يفضل
منه شيء وعن عبد الله بن المغفل رضي الله عنه قال اصبت جرابا من شحم يوم خيبر
فالتزمته فقلت لا اعطي احدا من هذا شيئا فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليوم
متبسما رواه احمد ومسلم والنسائي وابو داود وهذا اقوى حيث لم يامره
صلى الله عليه وسلم برده في الغنيمة وعن ابن ابي اوفى قال اصبنا طعاما يوم خيبر
فكان الرجل يجيء فياخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق رواه ابو داود ولم
يقيد اباحة الانتفاع هنا بالحاجة وهو رواية السير الكبير وقيدها بالحاجة
في السير الصغير لانه مال مشترك بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به الا لحاجة
كالدواب والثياب ووجه الاولى اطلاق ما روينا ولان الحكم يدور مع دليل
الحاجة وهو كونه في دار الحرب اذ هو لا يقدر ان يستصحب ما يكفيه من الطعام
والعلف

والعلف غالبا فلو لم يبح لهم التناول لضاق عليهم الامر بخلاف السلاح والدواب
لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل الحاجة حتى لو تحققت الحاجة اليه جاز
له التناول ايضا فتعلق الاطلاق بحقيقة الحاجة فيهما ثم يرد الى المغنم اذا
استغنى عنه ولا فرق في الطعام بين ان يكون مهيا للاكل وبين ان لا يكون مهيا
له حتى يجوز لهم ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ويردون جلودها في
الغنيمة ذكره في السير الكبير في الجزور وكذا اكل الحبوب والسكر والفواكه
الرطبة واليابسة والسمن والزيت وكل شيء هو مما يؤكل عادة وهذا الاطلاق
في حق من له سهم في الغنيمة او من يرضخ له منها غنيا كان او فقيرا ويطعم من
معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذا المدد لان له سهما فيها ولا يطعم
الاجير ولا التاجر الا ان يكون خبز الحنطة او طبخ اللحم فلا باس به لانه حنيذ
ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لا يجوز له ان يتناوله مثل الادوية
والطيب ودهن البنفسج وما اشبه ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ردوا الخيط
والمخيط ولان هذه الاشياء لا تؤكل عادة ولا تستعمل في الحاجة الاصلية بل
للزينة ويستعملون الحطب والطيب يعني عند الحاجة ويركبون الدواب اذا
احتاجوا اليه قال ولا يبيعها لما بينا من قبل ولانه لا يملك بالاخذ وانما
ابيح له التناول للضرورة والمباح له لا يملك بيعه وان باعه احدهم رد الثمن
الى المغنم ولا يجوز له الانتفاع بالسلاح والثياب والدواب والمتاع بغير
حاجة لصيانة سلاحه ودابته وغير ذلك لانه مال مشترك بينهم فلا يجوز
الانتفاع به بلا حاجة والاولى ان يقسم الامام بينهم اذا احتاجوا اليه كلهم
لان المحظور يستباح للضرورة ومراعاة حقهم عند حاجتهم اولى من مراعاة
حق المدد وهو محتمل ايضا لا يدري ايتحقق او لا فلا يعارض المحقق عند الحاجة
وهذا بخلاف السبي حيث لا يقسم وان احتاجوا اليه لان حاجتهم للوطء او للخدمة
وكل ذلك من فضول الحوائج قال وبعد الخروج منها لا اي بعد الخروج
من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة لزوال المبيح وهي الضرورة ولان حقهم قد
تاكد حتى يورث نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم قال وما
فضل رده الى الغنيمة اي الذي فضل في يده من الذي كان اخذه قبل الخروج من دار
الحرب لينتفع به رده الى الغنيمة بعد الخروج الى دار الاسلام لزوال حاجته
والاباحة باعتبارها وهذا قبل القسمة وبعدها ان كان غنيا تصدق بعينه ان كان
قائما وبقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين ولا شيء عليه ان هلك لانه تعذر

الردة صار في حكم اللقطة **قال** ومن اسلم منهم احرز نفسه وطفله اي من
اسلم من اهل الحرب في دار الحرب احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار لوجود
العاصم وهو الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه لانهما جزاء الكفر ابتداء ولدفع
الشر والمسلم لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره بالاسلام واولاده الصغار
تبع له فيلحقون به هذا اذا اسلم قبل ان ياخذه المسلمون وان اسلم بعده
فهو عبد لانه اسلم بعد انعقاد السبب الكفرية فيه فلا يرتفع بالاسلام لحقيقة الملك
وكذا لو اسلم بعد ما اخذ اولاده الصغار وماله ولم يوخذ هو حتى اسلم
احرز باسلامه بحسب لانعقاد السبب في غيره **قال** وكل مال معه (نفسه ع)
لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا
قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم وقال صلى الله عليه وسلم لصخر يا صخر
ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم ودماءهم ولان يده الحقيقية سبقت اليه
يد الظاهرين فكانت اولى **قال** او وديعة عند مسلم او ذمي لانه في يد
حكما اذ يد المودع كيد المودع لانه عامل له في الحفظ وهي محترمة صحيحة
بخلاف ما اذا كانت في ايديهما غصبا حيث يكون فيئا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لان يده ليست كيد المالك وبخلاف ما اذا كان في يد الحربي وديعة او غصبا
لان يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها **قال** دون
ولده الكبير لانه كافر حربي غير تابع له في الاسلام وغيره فلا يكون معصوما عن القتل
والاستغنام بخلاف اولاده الصغار **قال** وزوجته وحملها لانها كافرة حربية
غير تابعة له فتسترق وحملها جزء منها فيتبعها في الرق وقال الشافعي رحمه الله
لا يكون الحمل فيئا لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبتدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا
المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا في حق التبع بمنزلة البقاء
والاسلام لا ينافي بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية **قال** وعقاره
لانه ليس في يده حقيقة فيكون العقار فيئا وقال الشافعي رحمه الله هو له ولا يكون فيئا
لانه في يده كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هي من جملة دار
الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل في قول محمد رحمه الله يكون كغيره من الاموال بناء
على ان اليد حقيقة تثبت عنده في العقار الا ترى انه يتصور فيه الغصب عنده وبه
كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع عنه **قال** وعبده المقاتل (له ع)
لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان غصبا في يد
حربي او وديعة فيء لان يده ليست محترمة وكذلك اذا كان في يد مسلم او ذمي غصبا عند

الوصي

ابي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا لان المال تابع للنفس وقد
صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلا
والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا
ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام واباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع
بالاسلام فلهذا لم يتعرض له بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا
(في رواية ع) للتملك على ما كان وابو يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رضي الله عنه ومع محمد
في اخرى ولو ان مسلما او ذميا دخل دار الحرب بامان فاصاب مالا ثم ظهر المسلمون
على الدار فحكمه حكم من اسلم في دارهم في جميع ما ذكرنا الا في حق مال في يد
حربي في رواية ابي سليمان لان العصمة كانت ثابتة لهذا المال تبعا للمالك
فلا يزول وفي رواية ابي حفص يكون فيئا لما ذكرنا وقالوا رواية ابي سليمان اصح
وهذا كله اذا ظهر المسلمون على دارهم واما اذا اغاروا عليها ولم يظهر فكذلك
الحكم عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يصير جميع ما له فيئا الا نفسه
واولاده الصغار فمحمد رحمه الله سوى بين الاغارة والظهور لاستوائهما في السببية
للملك وابو حنيفة رضي الله عنه فرق بينهما والفرق انه بالظهور صارت الدار
دار الاسلام فكانت يده على ما في يده ثابتة حقيقة وحكما باعتبار منعة المسلمين
ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز ابطالها واما بالاغارة فلم تصر دار اسلام فلم
تصر يده على المنقول ثابتة حكما لان يد اهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاستيلائها
على الدار باعتبار المنعة والشوكة ولهذا لا تصير الغنيمة ملكا للغانمين في دار
(الحط) الحرب والعصمة انما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكما ولم يوجد فبقيت
على اصل الاباحة وحكم من اسلم في دار الحرب وخرج الينا على هذا التفصيل ذكره في

فصل في كيفية القسمة

(بلغ)

يجب على الامام ان يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه ويقسم اربعة
الاخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه اجماع المسلمين **قال**
للراجل سهم وللفارس سهمان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا للفارس ثلثة
اسهم وبه اخذ الشافعي رحمه الله لقول ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم
(الفارس ع) اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما رواه الجماعة ولان الاستحقاق بالعناء وعناؤه
على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة
رضي الله عنه قول مجمع بن حارثة قسمت خيبر الى ان قال انه صلى الله عليه وسلم اعطى الفارس

سهمين وللراجل سهما رواه احمد وابو داود ولان الكر والفر من جنس واحد
اذ الفارس يستحق لنفسه وانما استحق لاجل الكر فيكون زعنا وهو مثل عنا الراجل
فيفضل عليه بسهم ولان مقدار الزيادة لا يوقف على حقيقته فيدار الحكم على
سبب ظاهر وهو الراس والفرس مع انا نمنع ان زيادة الغنا يستحق به الزيادة
بل ما ذكرنا الا ترى ان الشاكي بالسلاح اكثر عنا من الاعزل ومع هذا لا يستحق الزيادة
ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصل وما رواه محمول على التنفيل كما روي
انه صلى الله عليه وسلم اعطى سلمة بن الاكوع سهم الفارس والراجل رواه احمد
ومسلم بمعناه وهو كان راجلا اجير الطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة
وانما اعطاه رضخا لجده في القتال وقال خير رجالنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا
ابو قتادة **قال** ولو له فرسان اي ولو كان له فرسان لا يستحق الا سهمين معناه
انه لا يسهم الا لفرس واحد اذا قاد فرسين او اكثر وقال ابو يوسف رحمه الله يسهم
لفرسين لانه صلى الله عليه وسلم اعطى الزبير خمسة اسهم ولانه يحتاج في القتال
الى فرسين وربما يعيى الواحد فيحتاج الى الاخر ولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد ولانه يستحق السهم بالارهاب
عند مجاوزة الدار اعتبارا بما يؤول اليه امرهم من القتال معهم فارسا او
راجلا والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فيسهم له لا غير ولهذا لا يسهم لثلثة
واكثر بالاتفاق والصحيح من حكاية الزبير انه صلى الله عليه وسلم اعطاه اربعة
اسهم سهما له وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه رواه احمد فلا يلزم حجة ولئن
صح فهو محمول على التنفيل على نحو ما ذكرنا من حكاية ابن الاكوع والذي يدل
عليه انه ليس فيه انه قاد فرسين **قال** والبراذين كالعتاق لان الارهاب
هو السبب وذلك باسم الخيل قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله
وعدوكم وهو يتناولهما والهجين والمقرف ولان العتاق ان كان اقوى في الجري فالبراذين
اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا واهل الشام
لا يسهمون للبراذين والحجة عليهم ما تلونا وما ذكرنا من المعنى **قال**
لا الراحلة والبغل اي لا يكون الراحلة والبغل كالعتاق حتى لا يسهم لهما لان
الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل عليهما **قال** والعبرة للفارس والراجل
عند المجاوزة اي يعتبر كونه فارسا او راجلا عند مجاوزة الدار حتى لو دخل دار
الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشترى
فرسا استحق سهم الراجل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يستحق سهم الفارس لوجود

القتال

القتال منه فارسا حقيقة وهو اقوى من التقديري وعند الشافعي رحمه الله يعتبر
كونه فارسا او راجلا حال انقضاء الحرب لانه سبب الاستحقاق واما المجاوزة
فوسيلة الى السبب فلا يعتبر كالخروج من البيت ولنا ان المجاوزة نفسها اقوى
الجهاد لان الخوف بها يلحقهم ولهذا احتاج عند الدخول الى شوكة وجمع
عظيم والحال بعدها حال الدوام فلا معتبر بها ولهذا يكتب الامام اسماء
الفرسان والرجالة عندها لا غير ويقول العدو كم دخلوا والجهاد يكون
بالارهاب كما يكون بالقتال وبه يستحق الفارس الزيادة لا بالقتال فعلم بذلك
ان الارهاب والارعاب اشد عليهم من القتل وهو المقصود بقوله تعالى ترهبون
به عدو الله وبقوله ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار وبه ينكسر همتهم وينكسرون
فكانت هذه الحالة اولى بالاعتبار لحصول المقصود عندها وهو الشرط الا ترى
ان احدا لم يشترط بقاء الفرس الى تمام الاستحقاق حتى لو هلك الفرس بعد استقرار
الهزيمة قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفارس ولا معنى لما قاله الشافعي رحمه الله
لان الوقوف على حقيقة القتال متعسر لانه حال التقاء الصفين والاحكام لا
تعلق بمثله ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس وكذا
لو كان في السفينة لتاهبه للقتال فارسا وهو كالمباشرة الا ترى ان الردء والمدد
يستحقون به وكذا الجند فيما اصابت السرية ويشترط ان يكون الفرس صالحا
للقتال بان يكون صحيحا كبيرا حتى لو دخل بمهر او مريض لا يستحق سهم الفرسان
لانه لا يقصد به القتال وكذا لو باعه او رهنه او اجره او وهبه بعد المجاوزة
في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق
سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات تدل على انه لم يكن من قصده
بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم الفرسان وكذا
اذا باعه حالة القتال عند البعض والاصح انه لا يستحق سهم الفرسان لان بيعه
يدل على ان غرضه التجارة الا انه كان ينتظر عزته ولو دخل على فرس مغصوب
او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان
في رواية اعتبارا بالمجاوزة وفي رواية يستحق سهم الرجالة لانه لم يتمكن
على القتال فارسا حيث دخل على هذا الفرس مع علمه ان لصاحبه ان يسترده اي
وقت شاء او انه مدة الاجارة ينقضي **قال** وللمملوك والمراة والصبي
والذمي الرضخ لا السهم لقول ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة واما بسهم فلم يضرب لهن وقال

ايضا لم يكن للمرأة والعبد سهم الا ان يحذيا من غنائم القوم رواهما ومسلم وقال
ايضا كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المرأة والمملوك من الغنائم دون ما يصيب
الجيش ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا
لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وله منعه فلم يستحقوا السهم الكامل
لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الامام تحريضا لهم على القتال وما روي انه صلى الله
صلى الله عليه وسلم اسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان فيما رواهما
الترمذي وللنساء فيما رواه احمد وابو داود محمول على الرضخ والمكاتب عبد
لقيام الرق فيه وتوهم عجزه فيمنعه المولى وانما يرضخ لهم اذا باشروا القتال
او كانت المرأة تداوي الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن حقيقة القتال
فيكون جهادها عملا يليق بحالها او دل الذمي على الطريق لان في الدلالة منفعة
للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ السهم لانهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد الا في
دلالة الذمي فانه يزاد على السهم اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة لان الدلالة
ليست من عمل الجهاد فلا يلزم منه التسوية في الجهاد اذ ما ياخذه في الدلالة
بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا ما بلغ والاجير لا سهم له لانه دخل لخدمة المستاجر
لا للقتال وان ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار كاهل سوق العسكر وان لم
يقاتل فلا شيء له ولا يجمع له اجر ونصيب في الغنيمة قال والخمس لليتامى
والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لاغنيائهم
اي يقدم ذوو القربى على الطوائف الثلاث وقال الشافعي رحمه الله لذوي
القربى خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني المطلب ولا يكون لغيرهم فحاصله ان الخمس
يقسم اثلاثا عندنا وعنده اخماسا وسهم للنبي صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الامام
ويصرفه الى مصالح المسلمين والباقي للثلاثة لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول
ولذي القربى وقال صلى الله عليه وسلم يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدي
الناس وحرم عليكم الصدقة وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة ولم يفرق في الكتاب
ولا في السنة بين الفقير والغني واعطى صلى الله عليه وسلم العباس وهو كان غنيا
ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
فكان اجماعا وبه تبين ان قسمته عليه السلام لم تكن بطريق الحتم وفيما روي اشارة
الى ان الاغنياء منهم لا يستحقون لان العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض
وهم الفقراء والنبي صلى الله عليه وسلم كان يعطيهم للنصرة لا للفقر ابه الا ترى انه صلى الله عليه وسلم

الفقراء منهم صح

سهم لذوي القربى صح

علل فقال

علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وتبين
بهذا ان المراد من ذوي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة ولهذا لم يحرم الزكاة
على بعض الهاشمي لعدم النصرة كاولاد ابي لهب وقد بيناه في الزكاة وحقيقته انه صلى الله
عليه وسلم اعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل فجاءه عثمان وهو من بني
عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل فقالا انا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك
الذي وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن وبنو المطلب في القرابة اليك سواء فما بالك
اعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام يشير
الى نصرتهم له لانهم قاموا معه حين ارادت قريش قتله صلى الله عليه وسلم ودخل
بنو نوفل وعبد شمس في عهد قريش ولو كان لاجل القرابة لما خصهم لان عبد شمس
ونوفل اخوا هاشم لابيه وامه والمطلب كان اخاه لابيه فكانت اقرب منه اليه
والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام والمصاحبة لا بالمقاتلة ولهذا
كان للنساء منهم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته صلى الله عليه وسلم لعدم تلك العلة
وهي النصرة فيستحقونه بالفقر عند الكرخي لانه في معنى الصدقة حتى كانوا ياخذونه
في زمنه صلى الله عليه وسلم وفي قوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء اشارة اليه
وقال الطحاوي سقط نصيب الفقراء ايضا والاول اظهر قال وذكره تعالى
للتبرك يعني ما ذكر الله تعالى في الخمس بقوله تعالى فان لله خمسه لافتتاح الكلام تبركا
باسمه تعالى لان الكل له وهو غير محتاج الى شيء قال وسهم النبي صلى الله
عليه وسلم سقط بموته كالصفي لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه بالرسالة
ولا رسول بعده الا ترى انه كيف اضاف اليه باسم الرسول بقوله وللرسول وكذا
الصفي وهو شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه ويستعين به
على امور المسلمين وكانت صفية من الصفي رواه ابو داود قال وان
دخل جمع ذو منعة دارهم بلا اذن خمس ما اخذوا والا لا وان لم يكونوا ذوي
منعة لا يخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة وهي الماخوذة قهرا وغلبة فلا يخمس وان دخلوا
باذن الامام فالمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم التزم نصرتهم بالامداد فصار
كالمنعة بخلاف ما اذا دخلوا بغير اذنه حيث لا يخمس لانه لا يجب عليه نصرتهم
اذ لسرقته وهن المسلمين بخلاف ما اذا كان لهم منعة حيث يخمس لانه يجب عليه نصرتهم
كي لا يلزم وهن المسلمين قال وللامام ان ينفل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه
وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لانه تحريض على القتال وحرض صلى الله عليه
وسلم بالنفل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه احمد والبخاري

وذلك لا يحصل بالمنعة والعدد لم يكن لهم منعة يكون اخذهم اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة

وهو مندوب اليه لان الله تعالى قال يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال

والبخاري ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد الخمس في رجعته
رواه احمد وابو داود وكان صلى الله عليه وسلم ينفل في البداية الربع وفي
الرجعة الثلث رواه احمد وابن ماجه والترمذي فكان الزيادة في الرجعة لاجل
انهم يكلون وقوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهرًا لانه لو نفل ربع الكل
جاز وانما وقع ذلك اتفاقا الا ترى انه لو نفل السرية بالكل جاز وهذا اولى ثم
قد يكون التنفيل بغير ما ذكرنا كالدراهم والدنانير او يقول من اخذ شيئا فهو
له ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من
باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة او
الرضخ فلا يتهم به بخلاف ما اذا قال من قتلته انا فلي سلبه حيث لا يستحق لانه
خص نفسه به فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا
يدخل لانه ميز نفسه منهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباحًا
قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل تحريض على
القتال وانما يتحقق ذلك في المقاتل حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه لانه مباح
الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض
العهد وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال او هم مقاتلون برايهم ولا ينبغي له
ان ينفل بكل الماخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما اصبتم فهو
لكم بعد الخمس او لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال
وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل او
ابطال الخمس فلا يجوز **قال** وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط يعني لا يجوز ان
ينفل بعد الاحراز بدار الاسلام الا من الخمس لان حق الغانمين قد تاكد فيه بالاحراز
في الدار ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وليس لهم في الخمس حق
فجاز للامام ان ينفل منه فان قيل حق الفقراء ايضا قد تاكد في الخمس فوجب ان لا يجوز
ابطاله كما لا يجوز ابطال حق الغانمين قلنا انما جاز ذلك باعتبار ان المدفوع
اليه مصرف بان كان فقيرًا وهذا لان المستحق للخمس فقير غير معين فاذا جاز صرفه
الى فقير لم يقاتل يصرفه الى فقير مقاتل اولى لان فيه مصلحة للمسلمين وصرف المال
الى المستحق واما اذا كان المدفوع اليه غنيا فلا يجوز لما فيه من ابطال التنفيل من
ابطال حق الاصناف الثلاثة **قال** والسلب للكل ان لم ينفل اي السلب
لجميع الجند من جملة الغنيمة اذا لم ينفل به القاتل وقال الشافعي رحمه الله هو للقاتل
اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لما روينا والظاهر انه نصب شرع لانه

يقتل

سماح

الغنيمة

١٠٨

بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا
قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وهو غنيمة ولهذا لا يستحقه
من لا يستحق الغنيمة وانما قلنا انه غنيمة لانه ماخوذ بقوة الجيش اذ لولا الجيش
لما حصل السلب ولا يعتبر المباشرة الا ترى ان الردء يستحق الغنيمة بغير مباشرة
قال فيقسم قسمة الغنائم وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه توفيقا بينه وبين
ما تلونا والذي يدل عليه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال انتهيت الى
ابي جهل يوم بدر وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فاخذته فضربته حتى
قتلته ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فنفلني سلبه رواه احمد ولو كان
السلب للقاتل لما صح التنفيل به ويدل عليه ان عادتهم كانت جارية بان السلب
كان من جملة الغنيمة وانما قال صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله
سلبه يوم حنين لما اصابهم ما اصابهم واراد بذلك صلى الله عليه وسلم تحريضهم
على القتال حتى روي ان ابا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله واحدة بعد ما
كان تركه واخذ ابو طلحة يومئذ سلب عشرين رجلا والذي يدل على ما قلنا
ان خالد بن الوليد رضي الله عنه منع رجلا سلب قتيله وكان عليهم اميرا فاخبر
النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له اعطه ثم قال لا تعطه ولو كان نصب
شرع لما وقع ذلك والحديث صحيح رواه مسلم واحمد ولا يقال لعل هذا متقدم
لان عوف بن مالك رضي الله عنه ذكر انه قال لخالد وهو الراوي لهذا الحديث
ما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى لكن استكثرته
ولو كان نصب شرع لاستحقه وان كثر ولم ينهه صلى الله عليه وسلم عنه وانما منعه
خالد رضي الله عنه لانه لم ينفلهم به في تلك الغزوة وزيادة القتال لا تعتبر
في جنس واحد على ما بينا من قبل وليس في الحديث ما يدل على انه قتله مقبلا فاشتراطه
يكون زيادة وهو نسخ على ما عرف في موضعه ثم اذا مات المقتول على فوره فلا اشكال
فيه ان سلبه يكون للقاتل وان تاخر موته فان لم يقسم الغنيمة قبل ان يموت فكذلك
وان مات بعد القسمة فلا يستحق من سلبه شيئا لانه بالاحراز تاكد ملك الغانمين
فيه وان اختلف القاتل والغانمون في موته فقال مات قبلها وقالوا مات بعدها
فالقول قولهم لانهم منكرون ولو اثخنه واحد وقتله اخر فالسلب لمن اثخنه ولو
ثم مات فسلبه المشركون ثم وقع سلبه في الغنيمة لا ياخذه القاتل ولو جروه نفسه ولم
يسلبوا منه ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم يملكون السلب
بالاخذ فانقطع ملك القاتل واذا لم يسلبوا منه لا يملكوا منه شيئا **قال**

تحملت انا والاسفل اعرض طال
فاصبنت به فبدر (؟)

وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه يعني السلب هو هذه الاشيا للعرف وكذا ما على
مركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او في وسطه و
عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكر في الهداية وفي المحيط لو قال من قتل قتيلا فله فرسه الامير
فقتل رجلا راجلا ومع غلامه فرس قايم بجنبه بين الصفين يكون فرسه للقاتل لان مقصود
الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن منه بخلاف ما اذا لم يكن
بجنبه لانه لا يتمكن الا بالاعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين عنه
فاما الملك فلا يثبت له حتى يحرز بدار الاسلام لما بينا من قبل حتى لو قال الامام
من اصاب جارية فهي له فاصابها رجل واستبراها لا يحل له وطيها ولا بيعها وكذا
لو اتلف السلب غيره من الغزاة بعد ما اخذه لا يجب عليه ضمانه وفيه خلاف
محمد رحمه الله بنا على ان الملك يثبت بنفس التنفيل عنده لانه اختص به كالمسلم
اذا اشترى جارية في دار الحرب يحل له وطيها بعد الاستبرا فكذا هذا بخلاف
المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبراها حيث لا يجوز له وطيها لانه لم
يملكها لعدم الاختصاص بها حتى لو لحقه جيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها
وعندهما لا يثبت الملك الا بالقهر ولا يتم القهر الا بالاحراز بالدار
كما في الغنيمة في حق الجيش لانه قبل الاحراز قاهر يدا مقهور دارا فيكون السبب
ثابتا من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اتمام القهر وانما اثره في افادة الاختصاص
وقطع الشركة فاما السبب للملك بعد التنفيل فهو الذي كان سببا قبله فاشبه
المتلصص من هذا الوجه بخلاف الجارية المشتراة في دار الحرب لان السبب
فيها العقد والقبض والله اعلم

باب استيلاء الكفار بلغ

قال رحمه الله سبى الترك الروم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلا
في المباح سبب الملك وقد تحقق لان الكلام في كافر استولى على كافر اخر او على ماله في
دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب والاصطياد والشرا
ونحو ذلك فكذا بهذا السبب كالمسلم بل اولى لان الدنيا لهم والكفار بعضهم يستحل
دما بعض واموالهم عند اختلاف الملك والملك فوجب ان يملكوهم بالاستيلا
كما يملك المسلم به قال وملكنا ما نجده من ذلك ان غلبنا عليهم
اي من الذي سبوه من الروم واخذوه من اموالهم لانه لما ملكوهم واموالهم
التحقوا بسائر اموالهم فكما يملك عليهم سائر اموالهم يملك هذا الا قال

وان غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان
الاستيلا الكفار محظور حين اخذوا وحين احرزوه بدارهم لوروده على المال المعصوم
والمحظور لا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والمحظور
ليس بمشروع ولان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلا المسلم على مال
المسلم وكاستيلايهم على رقابه ولا يقال انهم ليسوا بمخاطبين فكيف تثبت الحرمة
في حقهم لانهم مخاطبون بالمحرمات كالزنا والربا فتثبت الحرمة في حقهم كالمسلم
ولنا ان الحرمات في الاموال ثبت على منافاة الدليل والاصل فيه الحل ولا يكون
معصوما لقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا الا ان العصمة فيه لمن
اختص بسبب من الاسباب كالشرا وغيره ضرورة تمكنه من الانتفاع به قطعا
للمنازعة فاذا زال تمكنه بسبب احرازهم بدارهم عاد الى الاصل ولم يبق
معصوما فصار كالصيد وغيره من مباح الاصل فيملكونه والدليل عليه انه تعالى
سمى المهاجرين فقرا بقوله للفقرا المهاجرين مع وجود ديارهم واموالهم في دار
الحرب ولو كان ملكهم باقيا لصاروا اغنيا به وقال صلى الله عليه وسلم هل ترك
لنا عقيل من دار ولو كان ملكهم باقيا لما استقام ذلك فعلم بذلك ان استيلاءهم
على مال المسلم يوجب الملك لهم بخلاف استيلا المسلم على مال المسلم لان تمكنه
من الانتفاع به قايم فتبقى عصمته وبخلاف رقابنا لانها لم تخلق محلا للتمليك لان الادمي
خلق ليملك لا ليملك وانما يثبت فيه محلية الملك بالكفر العارض وبخلاف ما اذا لم
يحرزوها بدارهم لانه لم يملكهم بالاستيلا ويتحقق ذلك بالاحراز بدارهم لان الظاهر
ان المسلمين يستنقذونها منهم ما لم يحرزوها بدارهم والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية
كالبيع عند اذان الجمعة والطواف مع الشتم والصلاة في الارض المغصوبة والاشتغال
بالقراة او النافلة عند ضيق الوقت فان هذه الاشيا محظورة لغيرها وهي مشروعة بنفسها
الآجل حتى يستحق بها الثواب الجزيل ثم ظنك بالقليل العاجل وهو الملك في الدنيا قال
وان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة اخذه مجانا وبعدها بالقيمة اي ان
غلب المسلمون على اهل الحرب فمن وجد منهم ماله الذي اخذه العدو قبل ان يقسم
الغنيمة بين المسلمين اخذه بغير شي وان وجده بعد القسمة اخذه بالقيمة لما روي عن
ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان المشركين احرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم
ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال صلى الله عليه وسلم ان وجدتها
قبل القسمة فهي لك بغير شي وان وجدتها بعد القسمة فهي لك بالقيمة ان شيت
فعلى هذا الحمل كلما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه رده الى مالكه او يحمل على انه [illegible]

منهم قبل ان يحرزوه بدارهم ثم ردوه لاصحابه ولان المالك القديم زال ملكه
بغير رضاه فكان له حق الاسترداد نظرًا له غير ان في الاخذ بعد القسمة ضررًا بالماخوذ
منه بازالة ملكه الخاص فياخذ بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين والشركة
قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير شيء قال وان اشتراه تاجر
منهم اي لو اشترى ما اخذه العدو منهم تاجر واخرجه الى دار الاسلام اخذه المالك
القديم بثمنه الذي اشترى به التاجر من العدو لانه لو اخذه بغير شيء لتضرر التاجر
فياخذه بثمنه ليعتدل النظر من الجانبين وان اشتراه بعرض اخذه بقيمة العرض ولو كان
البيع فاسدًا ياخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو لمسلم ياخذه بقيمته دفعًا
للضرر عنه اذ ملكه فيه ثابت فلا يزال بغير شيء ولو كان مثليًا فوقع في الغنيمة
ياخذه قبل القسمة لما ذكرنا ولا ياخذه بعدها وكذا اذا كان موهوبا وكذا لو
اشتراه التاجر شراء فاسدًا واخرجه الى دار الاسلام او اشتراه صحيحًا بمثله قدرًا
ووصفا لانه لو اخذه في هذه المواضع لاخذه بمثله وهو لا يفيد حتى لو اشتراه التاجر
منهم باقل منه قدرًا او باردى منه له ان ياخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص
ملكه ويعيده الى ما كان فصار فداء لا عوضا قال وان فقئت عينه واخذ
ارشها اي للمالك القديم ان ياخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر وان فقئت عين
العبد الماسور في يد التاجر واخذ التاجر وهو المشتري من العدو ارشها لما ذكرنا
من النظر ولا يحط عنه شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في ملك صحيح
بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراءه من غير رضى الشفيع
يكون وملكه ينقض من غير رضاه فاشبه البيع الفاسد وفيه يضمن الاوصاف مطلقا
لكون الملك غير صحيح كما يضمن في الغصب فكذا في المشفوع اذا كانت مقصودة بالاتلاف
حتى لو هدم المشتري بناه او قلع شجره يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وفي المرابحة
انما اعتبرت الاوصاف حتى لا يبيعها مرابحة بعد ما اتلفها مقصودا لكونها مبنية
على الامانة بخلاف ما نحن فيه ولان ما يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل في
حقه والفداء لا يقابل شيء من الاوصاف ولهذا لو تعيب عنده لم ينقص عن المولى شيء ولان
الاخذ للمالك ثبت على خلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع وهو قوله
صلى الله عليه وسلم ان شئت اخذته بالثمن وان شئت تركت والثمن اسم لجميعه فلا ينقص ولا ياخذ
المولى القديم الارش لان ملك المشتري في الارش صحيح لا شبهة فيه فلو اخذه اخذه
بمثله فلا يفيد ولو اخرجه المشتري من العدو عن ملكه بعوض ياخذه مالكه القديم
بذلك العوض ان كان مالا وان كان غير مال كالصلح عن دم او وهبه اخذه بقيمته

ولا ينقض

ولا ينقض تصرفه بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشتري فينقض تصرف المشتري لاجله
قال فان تكرر الاسر والشراء اخذ الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين
معناه ان عبد الرجل اسره العدو فاشتراه رجل تاجر فادخله دار الاسلام
ثم اسره العدو ثانيا فادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل اخر فادخله دار الاسلام
اخذه المشتري الاول بثمنه ثانيا لان الاسر ورد على ملكه فيكون خيار الاخذ
له ثم اذا اخذه هو ياخذه المالك القديم بالثمنين ان شاء اي الثمن الذي اشتراه
به الاول من الحربي والذي اشترى به من الحربي لان المشتري الاول قام عليه بالثمنين
احدهما بالشراء الاول والثاني بالتخليص من المشتري الثاني ولو اراد المالك
القديم ان ياخذه من المشتري الثاني ليس له ذلك لان الاسر الثاني لم يرد على
ملكه وكذا لو كان المشتري الاول غائبا وهو الماسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا
لو اشتراه المشتري الاول من التاجر الثاني ليس للمالك القديم ان ياخذه لان حق
الاخذ ثبت للمالك القديم في ضمن عود ملك المشتري الاول ولم يعد ملكه القديم
وانما ملكه بالشراء الجديد منه قال ولا يملكون حرنا ومدبرنا وام ولدنا
ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك يعني بالغلبة لان السبب لا يفيد الحكم الا في محله
وهؤلاء منا ليسوا بمحل لان المحل للملك هو المال وهم ليسوا بمال اذ الحر معصوم
بنفسه وكذا غيره لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع
اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء قال وان
ندّ اليهم جمل فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء عليه فاذا اخذه احد واخرجه الى
دار الاسلام مغنوما او مشترى فللمالك ان ياخذه على التفاصيل التي بيناها
قال وان ابق اليهم قن لا اي لا يملكونه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يملكونه لان العصمة لحق المولى ضرورة تمكنه من الانتفاع به وذلك بقيام
يده وقد زالت ولهذا المعنى اذا اخذوه من دار الاسلام ملكوه فصار كالجمل الناد
اليهم ولابي حنيفة رضي الله عنه انه ادمي وله يد صحيحة حتى اذا اودع وديعة لم
يكن للمولى حق القبض وكذا اذا اشترى نفسه من المولى ليس للمولى ان يحبسه فيكون في يد
نفسه وانما لا يظهر على نفسه في دار الاسلام لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع
به وقد زالت يد المولى بتباين الدارين فظهرت يده على نفسه لزوال المانع وصار
معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد في دار الاسلام لان يد المولى
عليه باقية لقيام يد اهل الدار عليه فمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير ملكه
الابن بالهبة ولو وهبه بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناد لان العجماء

ليس لها يد فإذا خرجت عن يد المولى ملكها من أخذها وإذا لم يثبت الملك لهم في
العبد عند أبي حنيفة رضي الله عنه يأخذه المولى القديم بغير شيء مغنوما كان أو مشترى
أو وجده بعدما أسلم من في يده أو بعدما صار ذميا ولكن إن وجده مغنوما
بعد القسمة يعوض من كان في يده من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق
الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه في زعمه
لأنه يدعي أنه ملكه سواء كان غازيا أو مشتريا **قال** ولو أبق بفرس ومتاع
فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجانا وغيره بالثمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يأخذ العبد أيضا بالثمن إن شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد
وقد بينا الوجه في كل فرد مغنوما أو مشترى فإن قيل ينبغي أن يأخذ المالك
المتاع أيضا بغير شيء على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه لما ظهرت يد العبد على
نفسه ظهرت على المال لانقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار الحرب ويد العبد
أسبق من يد الكفار فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي
وهو الرق وكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه
غير ظاهرة في حق المال **قال** وإن ابتاع مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله
دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق أي إن اشترى كافر مستأمن
عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد حربي في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام
أو إلى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون عتق في ذلك كله أما الأول وهو
ما اشترى عبدا مسلما ودخل به دارهم فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا يعتق لأن استحقاق الإزالة كان بطريق البيع وقد انتهى ذلك بالدخول
في دارهم لعجز الإمام عن الإلزام فبقي في يده عبدا على ما كان ولأن دار الحرب لا تنافي
الملك بل الإدخال فيها سبب الملك ألا ترى أنهم لو أسروا عبدا مؤمنا وأحرزوه
بدارهم ملكوه ابتداء فالاستدامة أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء ولأبي حنيفة
رضي الله عنه أن العبد المسلم استحق الإزالة عن ملك الكافر بالبيع كي لا يبقى تحت ذله
ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام في دار الإسلام لما أن مال المستأمن محترم كمال الذمي
وإذا عاد إلى دارهم سقطت عصمة ماله وعجز القاضي عن إخراجه عن ملكه وعن إعتاقه
عليه إذ لا ينفذ قضاؤه على من في دارهم فتم إحرازه بدار الحرب مقام القضاء بالعتق
إقامة للشرط مقام العلة إذ تباين الدارين شرط لزوال الملك في الجملة ألا ترى أنه إذا
سبي أحد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على من أدخلوه دارهم غير صحيح
لأن كلامنا ثم وجب إزالته عن ملكه والذي أدخلوه لم يملكوه قبله حتى يجب إزالته

في دارهم

وإنما ملكوه

وإنما ملكوه بعد دخوله دارهم فافترقا وعلى هذا الخلاف إذا كان العبد ذميا لأنه
يجبر على بيعه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب ذكره في النهاية معزيا إلى الإيضاح وكذا
إذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب فاشتراه مسلم أو ذمي في دارهم على هذا
الخلاف لهما أن العتق في دار الحرب يعتمد زوال الاختصاص ولم يوجد إذ قهر البائع
زال إلى قهر المشتري فصار كأنه في يد البائع ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن قهر البائع
زال حقيقة والحاجة إلى ثبوت قهر المشتري ابتداء وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت ولأن
إسلامه يقتضي زوال قهر غيره عنه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ما له أثر في
زوال الملك مقام الإزالة هكذا ذكر في الكافي وأما الثاني وهو ما إذا أمن عبد حربي
في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام أو إلى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون فلما
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم
الطائف من خرج إليه من عبيد المشركين رواه أحمد وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال
سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد إلينا أبا بكرة وكان مملوكا فأسلم قبلنا
فقال لا هو طليق الله ثم طليق رسوله رواه أبو داود وعن علي قال خرج عبدان
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني يوم الحديبية قبل الصلح فكتب إليه مواليهم
فقالوا يا محمد ما خرجوا إليك رغبة في دينك وإنما خرجوا من الرق فقال ناس صدقوا
يا رسول الله ردهم إليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما أراكم تنتهون
يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم وقال
هم عتقاء الله عز وجل رواه أبو داود ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه
أو بالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهروا على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين
لأنها أسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات
اليد ابتداء فكانت يده أولى ولو أعتق حربي عبدا حربيا في دار الحرب وهو في يده ولم
يخله أي قال له آخذا بيده أنت حر لا يعتق حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه وعند أبي
يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق لصدور ركن العتق من أهله بدليل صحة إعتاقه عبدا مسلما
في دار الحرب في محله لكونه مملوكا ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه معتق ببيانه مسترق
ببنانه وهذا لأن الملك كما يزول يثبت بالاستيلاء حقيقة وهو آخذ له بيده في دار
الحرب فيكون عبدا له بخلاف ما إذا كان مسلما لأنه ليس بمحل التملك بالاستيلاء

باب المستأمن

قال رحمه الله دخل تاجرنا ثمة حرم تعرضه لشيء منهم أي إذا دخل دار الحرب بأمان

مسلم تاجر الحرم عليه أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم لنهيه صلى الله عليه وسلم
عن الغدر على ما روينا من قبل إلا إذا غدر بهم ملكهم بأخذ الأموال أو الحبس أو غيره
بعلمه ولم ينهه لأنهم نقضوا العهد به فيباح له التعرض حينئذ كالأسير والمتلصص
فيجوز لهم أخذ أموالهم وقتل نفوسهم وليس له أن يستبيح فروجهم فإن الفرج
لا يحل إلا بالملك ولا ملك قبل الإحراز بالدار على ما بينا إلا إذا وجد امرأته
المأسورة أو أم ولده أو مدبرته ولم يطأهن أهل الحرب لأنهن لا يملكهن أهل
الحرب بالاستيلاء على ما بيناه فهن باقيات على ملكه غير أن أهل الحرب لو وطئهن
يكون شبهة في حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له أن يطأهن حتى تنقضي عدتهن
بخلاف أمته المأسورة حيث لا يجوز له أن يطأها وإن لم يطأها الحربي لأنها ملكوها
فصارت من جملة أموالهم ولهذا لا يجوز له أن يتعرض لها بشيء إذا دخل دارهم
بأمان ويجوز له التعرض لزوجته وأم ولده ومدبرته لما ذكرنا **قال**
فلو أخرج شيئا ملكه ملكا محظورا فيتصدق به يعني لو غدر بهم وأخذ شيئا
وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه ملكا محظورا لتحقق السبب وهو الاستيلاء على
مال المباح والحظر لغيره لا يمنع المشروعية على ما بينا من قبل ولانعقاد السبب
كالاصطياد بقوس مغصوب غير أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه
فيؤمر بالتصدق به **قال** بأن أدانه حربي أو أدان حربيا أو غصب أحدهما
صاحبه وخرج إلينا لم يقض بشيء أي التاجر الذي دخل دار الحرب بأمان إذا أدانه حربي
أي باعه بالدين أو بالعكس أو غصب أحدهما الآخر وخرجا إلى دار الإسلام
وتحاكما عند حاكم لم يقض لواحد منهما على الآخر لأن القضاء يستدعي الولاية ويعتمدها
ولا ولاية وقت الإدانة أصلا إذ لا قدرة للقاضي فيه على من هو في دار الحرب
ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله
وإنما التزمه فيما يستقبل في حق حكم يباشرها في دار الإسلام والغصب في دار
الحرب يثبت به الملك لأنه استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالإدانة
فإذا ملكه فليس للحاكم أن يتعرض له بالحكم ولكن يفتي المسلم برد المغصوب ويأمره
به لأنه التزم بالأمان أن لا يغدر بهم وهذا غدر ولا يقضى عليه لما ذكرنا وقال
أبو يوسف رحمه الله يقضى على المسلم بالدين دون الغصب لأنه التزم أحكام الإسلام
حيث كان ألا ترى أنهما لو خرجا مسلمين يحكم عليهما بالدين فكذا هذا وأجيب عنه
بأنه إذا امتنع في حق المستأمن امتنع في حق المسلم تحقيقا للتسوية بينهما **قال**
وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا لما ذكرنا **وقال** وإن خرجا مسلمين

قضي بالدين بينهما لا بالغصب يعني الحربيين إذا أسلما في دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعدما
أدان أحدهما صاحبه أو غصب منه وإنما يقضى بالدين لأنها وقعت صحيحة لوقوع
المداينة بتراضيهما ولثبوت الولاية حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام
وإنما لا يقضى بالغصب لأن الغاصب ملكه لما بينا من ورود الاستيلاء على مال مباح
ولا يؤمر بالرد لأن ملك الحربي بالغصب صحيح لا خبث فيه وإطلاق قوله صلى الله
عليه وسلم من أسلم على مال فهو له يدل على ذلك بخلاف المسلم المستأمن إذا غصب
منهم حيث يؤمر بالرد لخبث في ملكه لأنه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا
قال مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة
في الخطأ أي مسلمان دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما الآخر عمدا أو خطأ تجب
الدية في ماله وتجب الكفارة في الخطأ دون العمد لأنها لا تجب في العمد عندنا على ما
عرف في موضعه أما الكفارة والدية في الخطأ فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ولأن العصمة الثابتة بالإحراز بالدار لا تبطل
بالدخول العارض بالأمان وإنما تجب في ماله لأن العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإنما تجب الدية في العمد في ماله
لأن العواقل لا تحمل العمد والقصاص قد سقط للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم
المعصوم فتعين أن يكون ذلك من ماله وعن أبي يوسف رحمه الله أن القصاص يجب عليه
لأنه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم من أهل دار الإسلام حيث كان
والقصاص حق الولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى الإمام فيستوفيه
قلنا لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة لأن الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا ولا منعة
دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلم يجب إذ لا فائدة
للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد ولأن دار الحرب دار إباحة للدم فيصير
ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لأن مجرد صورة الإباحة يكفي لسقوط العقوبة وإن
لم يثبت حقيقته ألا ترى أنه يسقط بقوله اقتلني **قال** ولا شيء في الأسيرين
سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة يعني إذا قتل أحد الأسيرين الآخر
لا يجب سوى الكفارة في الخطأ وكذا إذا قتله مسلم مستأمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا تجب عليه الدية في العمد والخطأ في ماله لأن المقتول كان معصوما متقوما بالإحراز
بدار الإسلام فلا تبطل بالأسر العارض كما لا تبطل بالدخول دارهم بأمان بل
أولى لكونه مضطرا والمستأمن باختياره وعدم القصاص لفوات شرطه وهو المنعة
وتجب الدية في ماله لما ذكرنا ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الأسير صار تبعا لهم بالقهر

حتى صار مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم كعبيد المسلمين صاروا اتباعا لهم في دار الاسلام
فاذا كان تبعا لهم فلا يجب بقتله دية كاصله وهو الحربي فصار كالمسلم الذي لم يهاجر
الينا وهو المراد بقوله كقتل مسلم مسلما اسلم ثمه اي في دار الحرب فانه لا يجب بقتله
الا الكفارة في الخطأ لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار وكذا هذا لبطلان الاحراز
الذي كان في دار الاسلام ما لتبعيته لهم في دارهم ولا يرد علينا المستأمن لانه ليس
بمقهور ويمكنه الخروج باختياره فلا يكون تبعا لهم قال الشافعي رحمه الله المسلم الذي
اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام يجب القصاص بقتله عمدا ويجب الدية
بقتله خطأ لانه قتل نفسا معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله صلى الله عليه
وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها اثبت العصمة بالاسلام
لا غير ولان العصمة تثبت نعمة وكرامة ليتمكن بما له اثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام
وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي حاصلة بالاسلام ثابتة به
حتى يأثم من تعرض له بعد الاسلام والمقومة كمال فيها لتحصل كمال الامتناع لان بعض
الفسقة لا يترك التعرض له الا بالمقومة خوفا من التبعة في الدنيا فيكون وصفا لها فيتعلق
بما تعلق به الاصل ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة
مؤمنة جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء فانها للجزاء وهو الكفاية او الى
كونه كل المذكور فينتفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذي في دار الاسلام غير المذكور في
الاية لهذا المعنى وهذا لان الاية سيقت لبيان الاحكام في القتل وبين انواعه فاوجب اولا
في المؤمن المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مستأمنهم جزاء كفارة ثم اوجب بقتل
الذمي دية وكفارة فلا يزاد على واحد منها على ما اوجبه الله تعالى ولا نسلم ان اصل العصمة
بالاسلام بل بكونه ادميا لانه خلق لاقامة الدين ولا يتمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا
يتعرض له احد واباحة قتله عارض بسبب افساده بالقتال الا ترى ان من لا يقاتل من
الكفار كالذمي وذراري الحربي لا يجوز قتله لعدم الافساد والمقومة تحصل بالاحراز
بالدار الا ترى ان الذمي مع كفره متقوم بالاحراز ولا تأثير للاسلام في تحصيل العصمة
لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الاخرة واذا كانت النفس معصومة
بالادمية فالمال تبعها ليتمكن من تحمل اعباء التكاليف وان خلق عرضة في الاصل لانه
لا يقدر الا به فيكون معصوما بعصمتها واما العصمة المقومة فالاصل فيها للاموال
لان التقوم يؤذن بجبر الفائت بالمثل ليسد مسده ولا يتصور ذلك في النفس حقيقة
بخلاف المال فكانت النفوس تابعة للاموال فيها ثم العصمة المقومة في المال لا تكون الا
بالاحراز بالدار مع كونه اصلا فيها ففي النفس اولى لانها تبع فيها وليس فيما رواه ما يدل

على ما قال لانهم عصموا انفسهم بترك القتال ولهذا لم يعصموا به بغير تركه ونظيره
اذا الجزية تعصم الكافر به نفسه على اعتبار انه ترك الفساد عند ادائها ∴

فصل

قال رحمه الله لا يمكن مستأمن فينا سنة وقيل له ان اقمت سنة وضع عليك الجزية
اي اذا دخل الحربي دار الاسلام بامان لا يمكن ان يقيم فيها سنة ويقول له الامام
ان اقمت سنة كاملة وضعت عليك الجزية والاصل فيه ان الكافر لا يمكن من اقامة دائمة
في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين لكونه عينا لهم وعونا
علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد
باب التجارات كلها ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية ثم ان رجع الى
وطنه بعد مقالة الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه قال
فان مكث سنة فهو ذمي لالتزامه الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من
وقت دخوله دار الاسلام وللامام ان يوقت له اقل من ذلك اذا راى كالشهر والشهرين
فاذا اقام بعد ذلك صار ذميا وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط ما يدل
على انه يصير ذميا عند اقامته في دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام
فانه قال اذا لم يقدر له الامام مدة فالمعتبر هو الحول لانه لا بد للاعذار والحول
حسن لذلك كما في تأجيل العنين ثم اذا صار ذميا بمضي المدة المضروبة له استأنف
عليه الجزية لحول بعده الا ان يكون شرط عليه انه ان مكث سنة اخذها منه فاخذ
حينئذ كما تمت السنة قال فلم يترك ان يرجع اليهم كما لو وضع عليه الخراج
او نكحت ذميا لا عكسه يعني لا يترك ان يرجع الى اهله دار الحرب بعد ما مكث في دارنا
سنة كما لا يترك ان يرجع اليهم بعد ما وضع عليه الخراج واذا تزوجت الحربية ذميا
لانها تصير بذلك ذمية لالتزامها المقام معه لا عكسه وهو ما اذا تزوج الحربي ذمية
لانه لا يصير بذلك ذميا لعدم التزامه المقام في دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع
اذا خرج الى دار الحرب واذا صار ذميا منع لان في عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا
علينا وتوالده في دار الحرب وقطع الجزية وقوله وكما لو وضع عليه الخراج دليل
على انه لا يصير ذميا بشراء ارض الخراج حتى يوضع عليه الخراج ومن المشايخ من قال
يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشتراها وحكم الشرع فيها لوجوب الخراج صار ملتزما
حكما من احكام الاسلام والمراد من وضع الخراج التزامه بمباشرة الزراعة او تعطيلها
عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشراء قد يكون للتجارة فلا يدلنا على التزامه احكام الاسلام

وَامّا الزراعة او ترك الارض على ملكه الى اوان الخراج فدليل على التزامه احكام الاسلام
فيصير ذميا فيترتب عليه احكام اهل الذمة من وجوب القصاص بقتله ومنعه الرجوع
الى دار الحرب وسائر احكام اهل الذمة واول مدته من وقت الوجوب حتى اذا لزمه
لزمه الخراج يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لصيرورته ذميا بلزومه وقوله او يكون
ذميا دليل على انها تصير ذمية بنفس التزوج لان المراة تابعة للرجل في السكنى حتى
كان له ان يسكنها حيث شاء وتصير مقيمة باقامته فيصير راضية بالمقام معه في دارنا
فتصير ذمية بمجرد التزوج التي ذكرناها **قال** فان رجع اليهم وله وديعة
عند مسلم او ذمي او دين عليهما حل دمه اي الحربي المستامن رجع الى دار الحرب وترك
وديعة عند مسلم او ذمي او دينا عليهما حل دمه بالعود الى دار الحرب لانه ابطل امانه
بعوده حربيا وما كان في ايدي المسلمين او الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه
حرام التناول لان حكم امانه في حق ماله لا يبطل **قال** فان اسر او ظهر عليهم
فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيئا اما الوديعة فلانها في يده حكما لان يد المودع
كيده فتدبر انتصير فيئا تبعا لنفسه فصار كما اذا كانت في يده حقيقة وعن ابي يوسف
رحمه الله انها تصير ملكا للمودع لان يده فيها اسبق فكان به احق واما الدين فلان
اليد عليه لا يكون الا بواسطة المطالبة وقد بطلت لبطلان مالكيته اذ مملوكيته بالاسر
تنافي مالكيته الدين واذا لم يبق مملوكا صار ملكا لمن عليه لان يده اسبق عليه من يد
غيره ولا طريق لجعله فيئا لان الفيء هو الذي يملك قهرا ولا يتصور ذلك في الدين
لانه ليس بمال على التحقيق بل هو عبارة عن وجوب تمليك المال فلم يكن الاستيلاء على ما
ملكه استيلاء عليه ولو كان له رهن فعند ابي يوسف رحمه الله ياخذه المرتهن بدينه
وقال محمد رحمه الله يباع ويوفي بثمنه الدين والفاضل لبيت المال **قال** وان
قتل ولم يظهروا ومات فقرضه ووديعته لورثته لان حكم الامان باق لعدم مبطله
فيرد على ورثته لانهم قاموا مقامه بخلاف المسألة الاولى لان نفسه لما كانت مغنومة
تبعها ماله لانه في يد مودعه كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله فكانه مات
والمال في يده لما بينا فان قيل ينبغي ان يكون ماله فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام
وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا فلا يكون يد المودع
كيد المودع قلنا يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة
في المستشهد به لما ان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك وفي
هذه العصمة كانت ثابتة فيها وقت الايداع اذ دار الاسلام دار العصمة ولم يظهر
على دارهم فيبقى على حالها معصومة فلا يزول بالشك **قال** وان جاءنا حربي

بامان

بامان وله زوجة ثمة اي في دار الحرب وولد اي صغار وكبار ومال عند مسلم وذمي
وحربي فاسلم ههنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء اما المراة واولاده وما في بطنها والعقار
فلما بينا في باب الغنائم واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يتبع اباه ويصير مسلما
باسلامه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتصور ذلك واموالهم لم
تصر محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة ولو سبي الصبي في
هذه المسألة وصار في دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار واحدة
بخلاف ما قبل اخراجه الى دار الاسلام حيث لا يكون مسلما لما بينا من اختلاف الدارين
ثم هو فيء على حاله لما ذكرنا وكونه مسلما لا ينافي الرق لما عرف في موضعه **قال**
وان اسلم ثمة اي في دار الحرب فجاء اي الى دار الاسلام فظهر عليهم اي على اهل الحرب
فولده الصغير حر مسلم وما اودعه عند مسلم او ذمي فهو له وغيره فيء وهو اولاده
الكبار والمراة والعقار لانه لما اسلم في دار الحرب تبعه اولاده الصغار لاتحاد
الدار واحرز ما في يده او وديعة عند من ذكره لانه في يد صحيحة محترمة بخلاف
ما اذا كان مودوعا عند حربي على ما ذكرنا في باب الغنائم في حربي اسلم في دار
الحرب ولم يخرج الى دار الاسلام لان حكم المسلمين واحد اذ الاسلام حصل منهما
في دار الحرب فكل حكم عرف في ذلك فهو الحكم في هذه **قال** ومن قتل مسلما
خطا لا ولي له او حربيا جاءنا بامان فاسلم فديته على عاقلته للامام لانه قتل نفسا معصومة
فيدخل تحت النصوص الواردة في قتل الخطا ومعنى قوله للامام ان الاخذ له ليضعه في
بيت المال لانه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من النظر **قال** وفي العمد القتل
او الدية لا العفو اي لو قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا او الدية بالصلح ينظر فيه
الامام فايهما راى اصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا لان تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له ابطال
حق المسلمين بغير عوض وكذا لو كان القتيل لقيطا للامام ان يقتل القاتل عندهما خلافا لابي
يوسف رحمه الله هو يقول المولود في دار الاسلام لا يخلو عن الوارث غالبا وهو كالمتحقق
او يحتمل ذلك فكان فيه احتمال عدم الولاية للامام فكان فيه شبهة والقصاص يسقط
بالشبهة ولهما ان الحق انما يثبت للولي بطريق قيامه مقام الميت نظرا للميت والمجهول
الذي لا يمكن الوصول اليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح وليا فصار وجوده وعدمه سواء
فتنتقل الولاية الى السلطان او الى العامة كما في الارث ولا يقال ان رده من له الحق يوجب
سقوط القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لانا نقول منا السلطان نائب عن العامة
فصار الولي واحدا بخلاف مسألة المكاتب

باب العشر والخراج

قال ارض العرب وما اسلم عليه اهله او فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية اما
ارض العرب فلانه صلى الله عليه وسلم والخلفا من بعده لم ياخذوا الخراج من ارض العرب
ولانه بمنزلة الفي فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان الخراج من
شرطه ان يقر اهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم
الا الاسلام او السيف لقول عايشة رضي الله عنها اخر ما عهد الينا رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان قال لا يترك بجزيرة العرب دينان رواه احمد وحدها طولا ما وراء
ريف العراق الى اقصى صخر باليمن وعرضا من جده وما والاها من الساحل الى حد الشام
واما ما اسلم اهله عليه او فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلان الحاجة الى ابتدا التوظيف
على المسلم والعشر اليق به لان فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط
فيه النية وارفق لانه اخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج **قال**
والسواد وما فتح عنوة واقر اهله عليه او فتح صلحا خراجية لان عمر رضي الله عنه حين
فتح السواد وضع عليهم الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها
عمرو بن العاص واجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام ولان الحاجة الى
ابتدا التوظيف على الكافر والخراج اليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب عليه
بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الاخراج وهو اكثر من العشر ايضا وفي الجامع
الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ما الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها
الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر والخراج متعلقان بالارض النامية ونماؤها
بمائها فيعتبر السقي بما العشر او بما الخراج والمراد بالانهار الانهار التي احتفرها الاعاجم
كنهر يزدجرد لتكون المسالة اجماعية لان الانهار العظام كسيحون وجيحون فيها خلاف بين
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه في الزكاة وكذا مراده في هذا التفصيل في حالة الابتدا
اجماعا وانما الخلاف فيه في حالة البقا فيما اذا تملك ارضا عشرية هل يجب عليه الخراج
او العشر او العشران وقد ذكرناها في الزكاة ولا يقال اذا وضع الخراج على المسلم باعتبار
الما يكون ابتدا المسلم بالخراج وذلك غير جائز لانا نقول ليس هذا ابتدا وضع على المسلم
بل الارض لما لم تنم الا بالما اعتبرنا الماخوذ من العدو وجعلنا وظيفته الخراج والمسلم
اذا سقى ارضه به فقد التزم الخراج في حالة البقا ومثله لا يمتنع بالاسلام الا ترى انه
اذا اشترى الخراجية يؤدي خراجها لما قلنا وانما لم يوظف النبي صلى الله عليه وسلم على
اراضي مكة مع انه فتحها عنوة واقر اهلها عليها لان العرب لا يوضع على اراضيهم الخراج
كما لا يوضع على رقابهم الجزية والدليل على ما عرف في موضعه ثم ارض السواد مملوكة لاهلها
عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليست مملوكة لهم وانما هي وقف على المسلمين واهلها مستاجرون

على ح

في حالة الابتداء

في حق المسلم اما الكافر
فيجب عليه الخراج من
اي ما سقي لان الكافر
لا يبتدي بالعشر فلا
تاتي فيه التفصيل ح

لما

لما لان عمر رضي الله عنه استطاب قلوب الغانمين فاجرها وقال ابو بكر الرازي هذا
غلط لوجوه احدها ان عمر لم يستطب قلوبهم فيه بل ناظرهم عليه وشاور الصحابة
رضي الله عنهم على وضع الخراج وامتنع بلال واصحابه فدعا عليهم وانه لا يسترضا
ثانيها ان اهل الذمة لم يحضروا والغانمين على تلك الاراضي فلو كان اجارة لا شترط
حضورهم ثالثها انه لم يوجد في ذلك رضا اهل الذمة ولو كانت اجارة لاشترط
رضاهم ورابعها ان عقد الاجارة لم يقصد بينهم وبين عمر ولو كانت اجارة لوجب
العقد وخامسها ان جهالة الاراضي تمنع صحة الاجارة وسادسها جهالة المدة تمنع
من صحتها ايضا وسابعها ان الخراج موبد وتابيد الاجارة باطل وثامنها ان الاجارة
لا تسقط بالاسلام والخراج يسقط عنده وتاسعها ان عمر اخذ الخراج من النخل
ونحوه ولا يجوز اجارتها وعاشرها ان جماعة من الصحابة اشتروها فكيف يبيعون
الارض المستاجرة وكيف يجوز لهم شراوها **قال** ولو احيى ارضا مواتا يعتبر
قربه اي قرب ما احيا فان كانت الى الخراج اقرب فهي خراجية وان كانت الى العشر
اقرب فهي عشرية وهذا عند ابي يوسف رحمه الله لان حيز الشي يعطى له حكمه كفنا الدار
يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احيا ما قرب من العامر
وقال محمد رحمه الله ان احياها بما الخراج كالانهار التي احتفرها الاعاجم فهي خراجية
والا فعشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل في حق المسلم واما الكافر فيجب عليه الخراج
مطلقا **قال** والبصرة عشرية لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك والقياس
ان يكون خراجية لانها افتتحت عنوة واقر اهلها عليها ومن جملة اراضي العراق ولكن
ترك باجماعهم وهذا اورد اشكالا على قول ابي يوسف رحمه الله حيث لم يعتبر فيها
الحيز وليس هذا بظاهر لانه انما يعتبر الحيز في الاراضي المحياة لا في المفتوحة عنوة ثم
الخراج على نوعين خراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب جزا شايعا من الخارج كالربع والخمس
ونحو ذلك وخراج وظيفة وهو ان يكون الواجب شيا في الذمة يتعلق بالتمكن من
الزراعة وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق على ما يجي بيانه **قال**
وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب
الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم لانه المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان
ابن حنيف وحذيفة بن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلثين الف الف جريب
ووضعا عليه على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان
المؤن متفاوتة فيجب على اخفها الاكثر وعلى اشدها الاقل وعلى الوسط الوسط والجريب
ستون ذراعا في ستين ذراعا بذراع كسرى وانه يزيد على ذراع العامة بقبضة وقيل

ذلك م

هذا جريب سواد العراق وفي غيرهم يعتبر على ما هو المتعارف عندهم والصاع اربعة امنا
والمن مائتان وستون درهما ويعطي الدرهم من اجود النقود وذكر في النهاية معزيا
الى فتاوى قاضي خان ان القفيز من الحنطة او الشعير بلفظ التخيير وقال في الكافي ويكون
من الحنطة وقال كذا في كتاب العشر والخراج ثم قال وذكر في موضع اخر ويكون
هذا القفيز مما يزرع في تلك الارض وهو الصحيح وما ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه
ما سوى ما ذكرنا كالزعفران والبستان يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه
عمر الا يرى انه اعتبر الطاقة حيث قال لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل
حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخراج
ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين
ولا يزاد عليه لان للاكثر حكم الكل **قال** وان لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة
فانها لا تجوز وان اطاقت لان قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما ما لا تطيق وقولهما لا بل حملناها
ما تطيق ولو زدنا لاطاقت يدل على جواز النقصان عند عدم الطاقة وعلى عدم جواز
الزيادة عند الطاقة للزيادة لان مراد عمر رضي الله عنه ان ينقصه عند عدم الطاقة
لما وضع فلولا انه يجوز لما قصد ذلك واخبراه بانها تطيق اكثر من ذلك ولم يزد فلو كان
جائزا لزاد ثم الحاصل في هذا انه لا يجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه في سواد
العراق ولانه خلاف اجماع الصحابة رضي الله عنهم وما وظفه امام اخر في ارض فتحها
هو كتوظيف عمر رضي الله عنه في العراق لانه باجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ولو اراد
ان يوظف ابتداء على ارض بقدر طاقتها زيادة على ما وظفه عمر جاز عند محمد رحمه الله لانه
ابتداء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم وعند ابي يوسف لا يجوز وهو رواية عن ابي حنيفة
رضي الله عنه لان خراج التوظيف مقدر شرعا واتباع الصحابة فيه واجب لان المقادير
لا تعرف الا توقيفا والتقدير يمنع الزيادة لان النقصان يجوز اجماعا فتعين منع الزيادة
لئلا يخلو التقدير عن الفائدة **قال** ولا خراج ان غلب على ارضه الماء او انقطع
او اصاب الزرع افة اما في الفصلين الاولين فلفوات النماء التقديري المعتبر في الخراج
وهو التمكن من الزراعة في كل الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط واما الثالث فلانه
اذا وجد الاصل الذي كان التمكن قائما مقامه سقط الخلف وتعلق الحكم بالاصل فاذا هلك
بطل ما تعلق به وصار كالعشر في هذه الحالة فسلم بسلامة الخارج وبطل بهلاكه وعلى
هذا لو منعه انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لانه لم يتمكن من الزراعة والتمكن
شرط فيه وقالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان
يزرع الارض ثانيا واما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام ان يصيبه

ان يذهب كل الخارج واما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين
وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي اقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف
عين الانصاف على ما مر **قال** وان عطلها صاحبها او اسلم او اشترى مسلم
ارض خراج يجب اي يجب الخراج في هذه الصور اما اذا عطلها صاحبها فلان التمكن كان
ثابتا وهو المعتبر في هذا الباب فلا يعذر في التقصير هذا اذا كانت الارض صالحة
للزراعة والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها واما اذا عجز عن الزراعة باعتبار
قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك
ويمسك الباقي له وان شاء اجرها واخذ الخراج من اجرتها وان شاء زرعها بنفقة من
بيت المال فيأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من
يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج وقال في النهاية هذا بلا خلاف لانه الحاق الضرر
بالواحد لاجل العامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال
قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى اخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو
الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس بالدعاوى
الباطلة بان يقول كانت هذه الارض قبل هذا كذا وكذا لشيء هو احسن مما فيها فيفسد هذا
حتى لا يفتح لهم باب الظلم واما اذا اسلم صاحب الارض الخراجية فلان الخراج فيه
معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة في الابتداء
فلا يبتدأ المسلم به ولان الخراج من اثار الكفر فجاز بقاؤه على المسلم كالرق بخلاف الجزية
لان الرأس لا مؤنة فيه فيسقط والارض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج لاحتجنا الى
ايجاب شيء اخر من المؤن ولان في الجزية صغارا ايضا فلا يبقى بعد الاسلام بخلاف الخراج
وقد روي ان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الارض الخراج وادوا خراجها
فدل على بقائه على المسلم وجواز شرائه واداء من غير كراهية واما اذا اشترى المسلم
ارض الخراج فلما بينا ثم ان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج
عليه والا فعلى البائع **قال** ولا عشر في خارج ارض الخراج وقال الشافعي
رحمه الله يجب فيه العشر مع الخراج لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا
فان الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب في
الذمة والعشر في الخارج ويجب الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج
في مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب احدهما لا ينافي الاخر ولنا قوله صلى الله
عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع
بينهما فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر

أهلها عليها والعشر في أرض أسلم أهلها عليها طوعاً أو قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان
في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهي الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً
وفي الخراج تقديراً ولهذا يضافان إلى الأرض والإضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية
وكل واحد منهما مؤنة أرض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب أرض واحدة وعلى هذا
الخلاف الزكاة مع العشر أو الخراج حتى لو اشترى أرضاً عشرية أو خراجية للتجارة
ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما
ومحمد رحمه الله معه لاختلاف محلهما لأن العشر محله الخارج وكذا الخراج لكن في أحدهما
حقيقة وفي الآخر تقديراً والزكاة محلها مال التجارة وهي الأرض فلا تنافي بينهما كدين
من الأرض معها بخلاف العشر والخراج لأن محلهما واحد على ما بينا ولنا أن العشر
والخراج مؤنة الأرض النامية ولهذا يضافان إليها وكذا الزكاة وظيفة المال
النامي وكذا العشر والخراج واحد وهو الأرض النامية وكل واحد منهما يجب حقاً لله
تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا يجب زكاة السائمة وزكاة
التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين من الأرض مع أحدهما
لأن الدين يجب للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا ينافي فإن قيل يجتمعان وإن كانا
بسبب ملك مال واحد ثم إذا ثبت أنهما لا يجتمعان كان العشر والخراج أولى من الزكاة
بالوجوب لأنهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبي والجنون والرق
ومما أسبق وجوباً من الزكاة فتترك على حالها ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في سنة
لأن عمر لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر لأنه لا يتحقق كونه عشراً إلا بوجوبه في كل الخارج

فصل

قال رحمه الله الجزية لو وضعت بتراض لا يعدل عنها لأنها تتقرر بحسب ما يقع عليه
الاتفاق كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم
أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب يؤدونها وعارية ثلاثين درعاً وثلاثين
فرساً وثلاثين بعيراً وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى
يردوها عليهم إن كان كيد رواه أبو داود وكانوا نصارى وهم أول من أعطى الجزية من أهل
الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن
أن على كل إنسان منكم ديناراً كل سنة أو قيمته من المعافر رواه الشافعي في مسنده قال
وإلا يوضع على الفقير في كل سنة اثنا عشر درهماً وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه
يعني أنه لم يوضع بالتراضي بل وضعت بالقهر بأن غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم

فتوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر درهماً يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى المتوسط
أربعة وعشرين درهماً يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية
وأربعون درهماً يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابة
متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار إجماعاً وقال الشافعي رحمه الله يضع الإمام
على كل حالم ديناراً الغني والفقير فيه سواء لما روينا ولأن ذلك كان بالصلح ولفظه يدل عليه فإنه قال على كل
إنسان منهم ديناراً ولم يعم الكل إلا بالتراضي والصلح وأما الجزية التي يضعها الإمام ابتداء
فليس له أن يضع إلا على الرجال والذي يدل على ذلك ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال
لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة ديناراً وهذا تصريح بأنها كانت بالصلح لأن الحالمة لا يؤخذ منها
شيء إلا به ولأنها وجبت نصرة على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا لأن
نصرة الدين واجب بالنفس والمال وبنفسه لا تصلح بخلاف المال فيجب على التفاوت ونقول لأنها
بدل عن النصرة بها والنصرة بها تتفاوت بقوة النفس وكثرة الوفر فالفقير ينصر راجلاً والمتوسط
راكباً والغني يركب ويركب غلامه فكذا بدله ثم ذكر في المبسوط أن الغني في الغني
هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل ولا يمكن أن يقدر شيء في المال يتقدر فإن
ذلك يختلف باختلاف البلدان والأعصار ففي العراق من ملك خمسين ألفاً لا يعد وسط
الحال وفي ديارنا من ملك عشرة آلاف يعد غنياً فيجعل ذلك موكولاً إلى رأي الإمام والمتوسط
الذي له مال لكنه لا يستغني بماله عن كسبه والفقير المعتمل هو الذي يكسب أكثر من حاجته
وذكر في النهاية معزياً إلى الإيضاح لو مرض الذمي السنة كلها فلم يقدر أن يعمل وهو موسر
لا يجب عليه خراج رأسه لما ذكرنا أنه يجب على الصحيح المعتمل وكذا لو مرض أكثرها إقامة
للأكثر مقام الكل وكذا لو مرض نصف السنة ترجيحاً لجانب الإسقاط في العقوبة ذكره في
الاختيار قال وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب
حتى يعطوا الجزية ووضع صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس وروي عن عمر رضي الله عنه أنه
لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذها
من مجوس هجر رواه أحمد والبخاري وجماعة أخر وروي أن عمر ذكر المجوس فقال ما أدري
كيف أصنع في أمرهم فقال له عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أشهد أني سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب رواه الشافعي وهو دليل على أنهم
ليسوا من أهل الكتاب وعن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه قال لعامل كسرى أمرنا نبينا صلى
الله عليه وسلم أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية رواه أحمد والبخاري
وكانوا عبدة الأوثان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والحجة عليه ما ذكرنا ولأنه يجوز استرقاقهم
فكذا وضع الجزية عليهم لأنه استرقاق معنى إذ به تلحقه الصغار والذل ويؤدي كسبه للمسلمين

تكون

وتفقه في كسبه واي دق اعظم من ذلك **قال** لا عربي ومرتد اي لا توضع الجزية على عبدة
الاوثان من العرب ولا على المرتد لتغلظ كفرهما اما مشركوا العرب فلانه صلى الله عليه
وسلم نشا بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم اظهر لانهم كانوا اعرف
بمعانيه ووجوه الفصاحة فتغلظ عليهم قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون واما
المرتد فلانه كفر بربه بعد ما راى محاسن الاسلام وبعد ما هداه الله فلا يقبل من الفريقين
الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة في حقهم واذا ظهر عليهم فنساؤهم وهم
وذراريهم فيء لانه صلى الله عليه وسلم كان يسترق ذراري المشركين من العرب
وابو بكر رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين ومن لم يسلم من
رجالهم من الفريقين قتل ولم يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد اغلظ من كفر مشركي العرب
ولهذا اجبر نساء المرتدين وذراريهم على الاسلام ولا اجبر نساء عبدة الاوثان من العرب
وذراريهم على الاسلام **قال** وصبي وامراة وعبد ومكاتب وزمن واعمى
وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط اي لا توضع على هؤلاء الجزية لانها خلف عن النصرة وعقوبة
ولا يجب عليهم النصرة بالقتال ولو ادرك الصبي او افاق المجنون او عتق العبد او برا
المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا يوضع عليهم لان المعتبر
اهليتهم وقت الوضع اذ الامام يخرج في تعرف حالهم فيضع على من هو اهل في ذلك الوقت
والا فلا بخلاف الفقير اذا ايسر بعد الوضع حيث يوضع عليه لانه اهل للجزية وانما سقطت
عنه لعجزه وقد زال ذكره في الاختيار **قال** وتسقط بالاسلام والموت
اي الجزية وقال الشافعي رحمه الله لا تسقط بهما بعد مضي السنة لانها استقرت في ذمته
بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض كما في الاجرة والصلح
عن دم العمد حيث لا يسقطان بالاسلام ولا بالموت ولنا انها وجبت عقوبة على الكفر
او بدلا عن النصرة ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا تقيم بعد الموت
وتعذر القدرة بالاسلام على النصرة ببدنه فلا يجب عوضها وبالموت عجز عن الاسلام فلا يجب الخلف
اذ شرطه تصور الاصل والعصمة تثبت بكونه ادميا على ما بينا وهو يسكن ملك نفسه
فلا معنى لايجاب بدلهما ولا يرد علينا الرق حيث يبقى بعد الاسلام لانه في حالة البقاء
ليس بعقوبة وانما هو من الامور الحكمية حتى يسري الى الولد تبعا بخلاف الجزية **قال**
والتكرار اي تسقط بالتكرار ومعناه اذا لم يؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا تسقط ويؤخذ
منه جزية سنتين وهو قول الشافعي رحمه الله لانها عوض والاعواض لا تسقط بمضي
الزمان فصار كخراج الارض بخلاف ما اذا اسلم على قولهما لانه بعد الاسلام تعذر

استيفاؤها

١١٨

استيفاؤها من الوجه الذي شرعت فيه وهو الصغار لان المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع
بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر ولابي حنيفة رضي الله عنه انها عقوبة
وجبت على الكفر يؤخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه او نائبه لا يمكن
من ذلك في اصح الروايات بل يكلف ان يحضرها بنفسه فيعطي واقفا والقابض منه قاعد
وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له اعط الجزية يا ذمي والعقوبات الواجبة
لله اذا اجتمعت تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود ولهذا نرى ان كفارات الافطار
تتداخل وان كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة
اولى ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وكلاهما يوجب السقوط
لان القتل يكون في حراب قائم في الحال وكذا النصرة يكون في المستقبل دون الماضي
لانه مستغنى عنه فلا يتصور فيه التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام السنة او قبل
التمام لا يؤخذ منه وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا
لانه يجب مؤنة الارض فاشبه مقام العشر ولهذا لا يجتمعان لان العشر يتكرر فكذا هذا
وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى
لم يؤخذ منه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله لا يؤخذ منه حمله بعض المشايخ على المضي
مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع والتداخل والاصح
ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وانه يجري على حقيقته فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء
وظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يدل على ذلك لان الله جعل
الاعطاء غاية تنتهي اليه القتل ويجب ترك القتل في اول السنة ولا ينتظر فيه الى حولان
الحول فكذا الاعطاء وهذا لانها وجبت لاسقاط القتل فيجب للحال كالواجب بالصلح
عن دم العمد ولان المعوض قد سلم لهم للحال فيجب عليهم العوض كذلك ولا يمكن القياس
على خراج الارض لانه في مقابلة الانتفاع بالارض فما لم يسلم لهم الانتفاع لا يجب
عليهم الاجرة ولا يلزمنا الزكاة لانها انما وجبت في اخر الحول ليتحقق النماء اذ هي
لا تجب الا في المال النامي **قال** ولا يحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا لقوله صلى
الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة اي لا تخصي اخصاء يقال خصاه يخصيه
خصاء على فعال بمعنى الاخصاء وقيل هو المراد بقوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق الله
وقيل المراد به التبتل والعزلة والامتناع عن النساء كما تفعله رهبان النصارى فكانه
خصاء معنى والمراد بالنهي عن الكنيسة احداثها اي لا تحدث في دار الاسلام كنيسة
في موضع لم تكن فيه وبيت النار كالكنيسة **قال** ويعاد المنهدم اي يعاد المنهدم
من الكنائس والبيع القديمة لانه جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا

تبوك الكنائس في امصار المسلمين ولا يقوم البناء دائما لان الابنية لا تبقى دائما فكان دليلا
ولا يمكنون من نقلها الى موضع آخر لانه احداث في ذلك الموضع في الحقيقة والصومعة
بمنزلة الكنيسة لانها تبنى للتخلي للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه
تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها شعائر الاسلام
فلا تعارض باظهار ما يخالفها ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنازير وضرب الناقوس
خارج الكنيسة في الامصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا تقام فيها الجمع
والحدود وان كان فيها عدد كثير لان شعائر الاسلام فيها غير ظاهرة وقيل يمنعون
في كل موضع لم يشع فيه شعائرهم لان في القرى بعض الشعائر فلا تعارض باظهار ما
يخالفها من شعار الكفر والمروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه كان في قرى الكوفة لان اكثر
اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير
ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله
عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه اخرجوا المشركين من جزيرة العرب رواه
احمد والبخاري ومسلم وعن عمر رضي الله عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا ادع فيها الا مسلما رواه
احمد ومسلم والترمذي وصححه وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت اخر ما عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان قال لا يترك بجزيرة العرب دينان وعن ابي عبيدة بن الجراح انه
قال اخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخرجوا يهود اهل الحجاز
واهل نجران من جزيرة العرب رواهما احمد واجلى عمر رضي الله عنه اليهود والنصارى
من ارض الحجاز بما رواه البخاري **قال** ويميز الذمي عنا في الزي والمركب
والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف اظهارا
للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين يقينا لان من هو من ضعفة اليقين اذا راهم
يتقلبون في النعم والمسلمين في محنة وشدة يخاف ان يميل الى دينهم واليه وقعت
الاشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم
سقفا من فضة الاية وحكاية قارون مع الضعفة من قوم موسى عليه السلام معروفة
ظاهرة ولان المسلم يوقر والذمي يحقر ويضيق عليه الطريق ولا يبدأ بالسلام فلو لم
يكن علامة مميزة لما وقع التفرقة بينهما فيعامل معاملة المسلمين واول من اخذ اهل
الذمة بالعلامة عمر رضي الله عنه لكثرة الناس في ايامه فرأى انه لم يقع التفرقة بين المسلم
والكافر الا بالعلامة وقال صلى الله عليه وسلم اينما دار عمر فالحق معه ولم يامر
صلى الله عليه وسلم يهود المدينة ولا نصارى نجران بالعلامة لانهم كانوا معروفين حالهم

(هامش: فكان دليلا على جواز اعادة ولان الامام لما اقرهم عهد اليهم الاعادة)

لا يستتبعه الا الحد فلا يحتاجون الى العلامة ولا يركبون الخيل لانهم ليسوا من اهل الجهاد ولا
يلبسون طيالسة المسلمين ولا ارديتهم مثل اردية العلماء ولا كل لباس يختص باهل العلم والزهد
والشرف وان ركبوا للضرورة من سفر او نقل مريض نزلوا في مجامع المسلمين ولا يمكنون
من لبس زنانير الابريسم ولا يمنعون من الكستيج وهو الخيط الغليظ ويؤمر بتمييز نسائهم
عن نساء المسلمين في الطرق والحمام ويجعل على دورهم علامة كي لا يقف عليها السائل
فيدعو لهم بالمغفرة **قال** ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة
وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي رحمه الله ينتقض امانه بالسب
لانه ينقض الامان فكذا الامان بل اولى لانه دونه وهو خلف عنه ولنا ان يهوديا قال
لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال اصحابه صلى الله عليه وسلم نقتله قال لا
رواه البخاري واحمد فلم ينقض صلى الله عليه وسلم عهده ولم يقتله فيكون حجة عليه وعلى
مالك في وجوب القتل بسب النبي صلى الله عليه وسلم ولان السب كفر منه فالكفر المقارن
لا يمنع العهد فكذا الطارئ لا يرفعه وهذا لان ما ينتهي به القتال التزام الجزية وقبولها
لا اداؤها وهو باق فلا ينقض **قال** بل باللحاق ثمة او بالغلبة على موضع للحراب
اي بل ينقض العهد باللحاق بدار الحرب او بالغلبة على موضع للحراب لانهم صاروا بذلك
حربا علينا فلا يفيد بقاء العهد بعد ذلك لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد وترك
القتال **قال** وصاروا كالمرتد اي صاروا باللحاقهم بدار الحرب او بالغلبة صاروا
كالمرتد في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات لتباين الدارين غير
انهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام
لان كفر المرتد اغلظ فاوجب الزيادة في العقوبة ولان المقصود من كل واحد منهما ان
يرجع الى ما كان عليه فبالاسترقاق الذي يحصل المقصود منه وهو دفع فساده وحرابه بذلك
بخلاف المرتد لان المقصود منه الاسلام فلا يحصل باسترقاقه فصار كمشركي العرب
والمال الذي لحق به دار الحرب يكون فيئا وليس لورثته ان ياخذوه كالمرتد بخلاف ما اذا
رجع الى دار الاسلام بعدما لحق بدار الحرب واخذ شيئا من ماله ولحق به دار الحرب حيث
يكون لورثته ان ياخذوه لانه حين التحق بدار الحرب ملكوه فلذلك القديم ان ياخذ ماله
مجانا او بعوض على ما بينا وقوله بل باللحاق ثمة الى اخره يفيد اختصاص ما ينقض العهد
به حتى لو قال نقضت بالقول لا ينقض ذكره في المحيط **قال** ويؤخذ من تغلبي وتغلبية
بالغين المعجمة ضعف زكاتنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يؤخذ من نسائهم لانه جزية
في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف
الجزية ولا جزية على النساء كما لا جزية على الصبيان ولنا ان عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف

الزكاة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير والزكاة تجب على النسوان دون الصبيان
فكذا ضعفها والنساء أهل لوجوب المال بالصلح ومصرفه مصالح المسلمين لأنه مال بيت
المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم من صرفه فيه أن يكون جزية وكيف أن يكون جزية
وشرائطه من وصف الصغار وعدم قبوله من النائب والإعطاء قاعدا وأخذ التلبيب قائما والقابض ع
والهز لا تراعى فيه قال ومولاه كمولى القرشي أي في حق عدم التبعية للمولى فإنهما
لا يتبعان مولاهما في الجزية والخراج حتى يوضعان عليهما وإن كان القرشي والتغلبي لا يوضعان
عليهما وقال زفر رحمه الله يضاعف على مولى التغلبي لأنه ملحق بمولاه لقوله صلى الله عليه
وسلم فإن مولى القوم منهم ولهذا لو حرمت الزكاة على مولى الهاشمي ولنا أنه لو ألحق
بالمولى هنا كان تخفيفا إذ التضعيف أخف لما ذكرنا أنه للشرف ووصف الصغار والمولى
لا يلحق بالأصل في التخفيف ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم إذا كان كافرا ولو ألحقه
فيه لما وضع عليه بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي
في حقها بالهاشمي ولأن الأصل أن لا يلحق المولى بأصله على ما بينا من مولى المسلم وغيره ولكن
ورد الحديث في حرمة الصدقة وهو ما روي أن أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال للنبي صلى الله عليه وسلم أتحل لي الصدقة فقال صلى الله عليه وسلم لا أنت مولانا
ومولى القوم منهم وما ورد على خلاف القياس لا يلحق به ما ليس هذا في معناه لأنه كان لإظهار
فضيلة قرابته صلى الله عليه وسلم وفضيلة من ينتمي إليهم ألا ترى أن مولى الغني لا يلحق بأصله
في حرمة الصدقة إذ لا يوازي الهاشمي في استحقاق هذه الكرامة ولأن الغني أهل لأن يأخذ
الصدقة وإنما منعه منه غناه ولم يوجد في حق المولى ذلك المعنى فجاز له الأخذ قال
والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف
في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعمال والمقاتلة وذراريهم
لأنه مأخوذ بقوة المسلمين فيصرف إلى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا
أنفسهم لمصالح المسلمين فكان الصرف إليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا إلى الاكتساب
وتعطلت مصالح المسلمين ونفقة الذراري على الآباء فيعطون كفايتهم كي لا يشتغلوا بها عن
مصالح المسلمين ولا خمس في ذلك لأنه صلى الله عليه وسلم لم يخمس الجزية ولأنه مال أخذ
بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لأنها مأخوذة بالقهر والقتال فشرع الخمس فيها لا يدل
على شرعيته في الآخر ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة
إذا مروا عليه ومال أهل نجران وما صولح عليه الحرب على ترك القتال قبل نزول
العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف لمصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم أن ما يجيء إلى بيت المال
أنواع أربعة أحدها هذا الذي ذكرناه مع مصرفه والثاني الزكاة والعشر ومصرفها

ما ذكرهم

ما ذكرهم الله تعالى في قوله إنما الصدقات للفقراء الآية وهم سبعة أصناف وقد ذكرنا هم
في كتاب الزكاة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكرهم الله تعالى
في قوله فأن لله خمسه الآية وقد ذكرناهم في أول كتاب السير والرابع اللقطات
والتركات التي لا وارث لها وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط الفقير
والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل
به جناياتهم وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع من هذه الأنواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه
ببعض لأن لكل نوع حكما يختص به فإن لم يكن في بعضها شيء فللإمام أن يستقرض عليه من
النوع الآخر ويصرفه إلى أهل ذلك ثم إذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض
منه إلا أن يكون المصروف أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فإنه لا يرد من الصدقات ع
فيه شيئا لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره إذا صرفه إلى المستحق ويجب
على الإمام أن يتقي الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فإن قصر
في ذلك كان الله عليه حسيبا قال ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء
يعني من مات ممن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والغزاة ونحوهم لا يستحق من العطاء شيئا
والعطاء اسم لما يصرف إليهم لأنه صلة ولا تملك قبل القبض كالمرأة إذا ماتت ولها نفقة
مفروضة في ذمة الزوج واسم العطاء ينبئ عن الصلة وإنما قال مات في نصف السنة
لأنه إن مات في آخر السنة يستحب صرفه إلى قريبه لأنه قد أوفى عناه فيصرف إليه ليكون
أقرب إلى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمام السنة قيل يجب رد ما بقي
من السنة وقيل على قياس قول محمد رحمه الله في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع
هو يعتبره بالإنفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة والله أعلم

باب المرتدين

قال رحمه الله يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس أياما فإن ثلثة ع
أسلم وإلا قتل لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه أحمد والبخاري
وغيرهما وعرض الإسلام عليه مروي عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوا وليس
بواجب لأن الدعوة قد بلغته غير أنه يحتمل أنه اعتراه شبهة فيعرض عليه لتزاح وتعود
إلى الإسلام لأن عوده مرجو وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل ولم
يذكر فيه الإمهال وعنه روايتان وقال الشافعي رحمه الله الإمهال واجب لا يحل للإمام
أن يقتله قبل أن يمضي عليه ثلاثة أيام لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة
يمكنه التأمل فيها فقدرناه بالثلاث لأنها مدة ضربت للإعذار ولنا ما روينا وقوله

اقتلوا المشركين مطلقا ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال ولا فرق فيه بين الحر
والعبد لاطلاق الدلايل وان ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته وهكذا دايما لانا نحكم
بالظاهر وكان صلى الله عليه وسلم يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وقال صلى الله عليه
وسلم لمن قتل شخصا بعد ما اسلم هلا شققت قلبه وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا تكرر
منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين قال
واسلامه ان يتبرا عن الاديان او عما انتقل اليه اي كيفية توبته ان يتبرا عن الاديان
كلها سوى دين الاسلام ولو تبرا عما انتقل اليه صح لحصول المقصود والاولى هو الاول
لان المرتد لا دين له قال وكره قتله قبله اي كره قتله قبل عرض الاسلام عليه
لان في قتله تفويت العرض المستحب وقال صاحب الهداية معنى الكراهية هنا ترك
المستحب قال ولم يضمن قاتله لان الكفر بوصف الحراب مبيح والعرض بعد
بلوغ الدعوة غير واجب فلم يضمن لذلك ولقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه
فاقتلوه قال ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رحمه الله تقتل
لما روينا ولان قتل الرجل لغلظ جنايته وقد شاركته فيها فتشاركه في جزائها كالقصاص
والرجم قلنا المبيح للقتل كفر المحارب بدليل ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه
نهى عن قتل الكافرات بخلاف ما ذكر من القصاص وغيره لان الحكم فيه معلق بالجناية
دون الحراب وجزاء الكفر لا يقام في الدنيا لانها دار الابتلاء على ما عرف والمراد
بالحديث المحارب لنا والا لوجب قتل الشخص اذا اسلم لانه بدل دينه وهو الكفر
بالاسلام والذي يدل عليه ان هذا الحديث رواية ابن عباس رضي الله عنهما ومذهبه
ان المرتدة لا تقتل ومن العجب ان الشافعي رحمه الله اوجب القتل على اليهودي اذا تنصر
او بالعكس محتجا بهذا الحديث ولا معنى له لان الكفر كله ملة واحدة والانتقال من كفر
الى كفر لا يزيده خبثا ولانه فيه امرا بان يرجع الى ما كان فيه من الكفر والامر بالكفر
كفر فلا يجوز واذا لم تقتل المرتدة تحبس الى ان تسلم لانها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس
حتى تترك وتخرج منها وتضرب في كل ثلثة ايام مبالغة في الحمل على الاسلام ولو قتلها قاتل
لا يجب عليه شي للشبهة ولانه يجبرها مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين بان يجعل تنزيل
المولى محبسا لها ويفوض اليه تاديب العبد مع توفير حقه في الاستخدام وقال في الاصل تدفع
اليه اذا احتاج اليها والصحيح انها تدفع اليه احتاج او لم يحتج طلب او لم يطلب لان
الحبس يصرفها وذاك الى المولى قال ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا
موقوفا فان اسلم عاد ملكه وان مات او قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه
المسلم بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله

وعندهما لا يزول ملكه لان زوال الردة تظهر في اباحة دمه لا في زوال ملكه كالمحكوم
عليه بالرجم والقود ولانه مكلف فيكون كامل الاهلية وذلك يبقى ملكه ولانه لا يمكنه
القيام بما كلف به الا ببقاء ملكه فيبقى ملكه ضرورة التمكين وله ان الملك عبارة عن
القدرة والاستيلاء وانما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه
بالردة لانه تصير بها حربيا حتى يقتل وكذا عصمة ماله لانه تبع لها ولانها للاحكام
فصار كالهالك حقيقة غير انه يدعى الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه
لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في امره فان اسلم جعل كان لم
يزل مسلما فلم يعمل السبب عمله فان مات او قتل في ردته استقر كفره فيعمل السبب
عمله وزال ملكه وانتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وما اكتسبه
في حال ردته فيء عملا بالدليلين وعندهما كلاهما لورثته ان فضل من الدين وقال
الشافعي رحمه الله كلاهما فيء لان المسلم لا يرث الكافر لا سيما المرتد فانه لا يرث
احدا فوجب ان لا يرثه احد كالرقيق وهذا لان اتحاد الملة سبب الارث واختلافها
سبب الحرمان وهذا لانه يرثه موافقة فمخالفه اولى فاذا انتفت الوراثة وهو مال
حربي لا امان له فيكون فيئا للمسلمين ولنا انه كان مسلما لكان ماله فاذا تم هلاكه
خلفه وارثه في ماله كما لو مات مسلما وهذا لان الردة هلاك الا ان تمامه بالموت
والقتل فاذا تم استند التوريث الى اول الردة وقد كان مسلما عند ذاك فيخلفه وارثه
المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم اذا الحكم عند تمام سببه يثبت من اول السبب
كالبيع بشرط الخيار اذا اجيز يثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوايده
المتصلة والمنفصلة ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرنا فينتقل
الى ورثته بموته فيستند الى ما قبل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن اسناد
كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كان الكسب
موجود وله ان اسناد التوريث الى اول الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عنده
ومن شرط الاسناد ان يكون موجودا عنده فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا
على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر ثم اختلفت الروايات
عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه انه يرثه من كان وارثا
له وقت ردته وبقي كذلك الى وقت موته او قتله او القضاء بلحاقه حتى لو مات وارثه
قبله او حدث له وارث اخر بعد ارتداده بتولد او اسلام او علوق حادث لا يرث لان السبب
لا يعتبر الا في حق من انعقد له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه اوان الاستحقاق
به كما في البيع الموقوف حيث يشترط فيه بقاء المبيع والمتعاقدين وروى ابو يوسف رحمه الله

عنه انه يعتبر وجوده وقت الردة ولا يبطل بموته او بشي اخر قبل موت المرتد لان ردته
في حكم الموت فلا يعتبر الا عندها وروى محمد رحمه الله انه يعتبر كونه وارثا عند موت
المرتد او قتله او القضا بلحاقه وهي الاصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه
كالموجود عند ابتدا السبب الا ترى ان الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض
يجعل كالموجود عند ابتدا العقد حتى اذا قبضه مع الاصل صار له حصة من الثمن وترثه
امراته المسلمة اذا مات او قتل او قضي عليه باللحاق وهي في العدة لانه صار فارا
بالردة اذ الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فيتعلق حقها بماله وينبغي ان ترث
على رواية ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رضي الله عنه اذا مات او قتل او قضي
عليه باللحاق بعد انقضا عدتها او ارتد قبل الدخول بها لانه لا يشترط ان يكون وارثا
الا عند الردة في تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت والمرتدة
لا يرثها زوجها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت بالارتداد
الا ان يكون مريضة مرتدة لان حقه تعلق بمالها في مرضها فتصير فارة بالارتداد
كتقبيلها ابن زوجها او فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوه ويرثها اقاربها جميع
مالها حتى المكسوب في ردتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفي بخلاف المرتد
عند ابي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا **قال** وان حكم بلحاقه عتق مدبره وام
ولده وحل دينه لانه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام اهل
الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر
لحاقه الا بحكم الحاكم لاحتمال ان يعود الينا فلا بد من القضا وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
بنا على انه لا يختلف الدار عنده اذ الدنيا كلها دار واحدة ونحن قد بينا المعنى فيه
فاذا ثبت انه موت ثبت احكام الموتى من عتق المدبر وام الولد وحلول الدين الذي
عليه فيقضي كل دين من الكسب في تلك الحالة من الردة والاسلام على ما تقدم لان المستحق
بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار سببه الذي وجب فيه الدين
فيقضي كل دين من المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم هذه رواية عن ابي حنيفة
رحمه الله وعنه انه يبدا بكسب الاسلام في قضا الدين فان لم يف يقضي من كسب الردة
لان كسب الاسلام ملكه حتى لا يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق
الميت فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهليته الملك بالردة
عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر فحينئذ يقضى به كالذمي اذا مات
ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذا هذا وعنه انه يبدا
بكسب الردة فان لم يف بذلك يقضي من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق الورثة وكسب

الردة خالص حقه فكان قضا الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضي من كسب
الاسلام تقديما لحقه وعندهما يقضي ديونه منهما لان الكل ملكه حتى يجري الارث فيهما
ويعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رحمه الله لان اللحاق هو السبب والقضاء
لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر وقت القضا لانه يصير موتا
بالقضا والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا لما ذكرنا وبطلت عنها العدة لانها
صارت كالموتى ولا عدة على الاموات وان زوجها ان يتزوج اختها واربعا سواها من ساعته
لانعدام العدة عليها كالميتة وان عادت مسلمة او سبيت لم ينتقض نكاح الاخت
والاربع لان نكاحها لا يعود ولها ان تتزوج من ساعتها لعدم العدة عليها ولو ولدت
في دار الحرب لاقل من ستة اشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وان كان لاكثر
لا يثبت ويسترق الولد تبعا لها وكذا يجبر على الاسلام لما قلنا **قال** وتوقف
مبايعته وعتقه وهبته فان امن نفذ وان هلك بطل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز تصرفه في الوجهين لان صحة التصرف تعتمد الاهلية
وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال
الملك لزال الى ورثته ولم يقل به احد ولهذا لا ينفذ تصرفا يتضمن ماله الا ترى انه
لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر فصاعدا من امراة مسلمة او امة مسلمة ترثه
ولو مات ولده قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح تصرفه وينفذ
ثم اختلفا فيما بينهما فعند ابي يوسف رحمه الله يصح مثل ما يصح من الصحيح لان الظاهر
عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على
الهلاك وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض لانه لا يرجع الى الاسلام ظاهرا فيقتل
لان من انتحل الى نحلة قل ما يتركه لا سيما اذا كان معرضا عما نشا فيه فيفضي الى القتل
ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا
حتى يقتل وكونه حربيا مقهورا سبب لزوال ملكه ومالكيته وبطلان تصرفاته غير ان
الاسلام مرجو منه لنفي الاجبار على الاسلام فقلنا بتوقف تصرفاته لتردد حاله
بين القتل والاسلام بخلاف حربي دخل دارنا بغير امان لانه صار فيا بدخوله دارنا
بغير امان ولهذا لا يملكه من اخذه بل يرده الى بيت المال لانه كما دخل دارنا وقع في ايدي
المسلمين لان لهم يدا في الدار فترده الى ما هم وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم
لان القتل لم يجب هناك لزوال سبب العصمة ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل
يجب فيه القصاص وانما هو جزا على الجناية فلم يوجب خللا فيه وبخلاف المرتدة
لانها لا تقتل فلم يثبت لها حكم اهل الحرب حتى تلحق بدار الحرب فتصير

حربية حينئذ ثم اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد
والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لانه لا يستدعي الولاية
ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته وباطل
بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق
كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير ومال ولده لانها تعتمد المساواة ولا مساواة
بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما بيناه بدليله قال
وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه اخذه والا اي ان لم يجده
فليس له ان يضمنه بعد ما تصرف فيه الوارث وانما يأخذ عين ما له لان الوارث
كان خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد
بعد الموت الحقيقي كان الحكم كذلك ثم انما يعود الى ملكه بقضاء او برضا من الوارث
لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه ولهذا ليس له ان يضمنه بعد
ما اخرجه عن ملكه او اتلفه ولا سبيل له على امهات اولاده ومدبريه لان القاضي قضى
بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكنه نقضه ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك لم يخرج
عن ملكه فكانه لم يزل مسلما ومدبروه وامهات اولاده على ملكه ونظيره العبد المبيع
اذا ابق قبل القبض فان عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وان عاد قبل
القضاء به فالبيع صحيح على حاله فكانه لم يابق قال ولو ولدت امة له نصرانية
لستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه
الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما بينا واما امتناع
الارث مع ثبوت نسبه منه فلان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد تبعا لابيه مرتدا
لانه اقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث احدا وهذا
فائدة تقييده بستة اشهر وكونها نصرانية لانه لو ولدته لاقل من ستة اشهر او كانت
الامة مسلمة يرث اما الاول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للا
خلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر لانا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما تبعا
له ولا يمكن ان يجعل تبعا للدار حتى يكون مسلما لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف
الولد الصغير اذا ارتد ابواه حيث يجعل مسلما تبعا للدار ما لم يلحقا به دار الحرب
لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما فيبقى على تلك الصفة ما لم يلحقا به دار الحرب
بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام واما الثاني وهو ما اذا كانت الامة مسلمة
فالولد مسلم تبعا لها اذ هي خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولكن لا يتصور هذا في قول
ابي حنيفة رضي الله عنه الا في الرواية التي رواها عنه محمد رحمه الله فانه يعتبر كونه وارثا

فهو وقت

فهو وقت الموت او القتل او القضاء باللحاق واما على الروايتين الاخريين فلا يتصور ان
يرث لعدم كونه وارثا عند الردة قال وان لحق المرتد بماله فظهر عليه
فهو فيء يعني ليس لورثته عليه سبيل لان ملكهم فيه غير ثابت حيث الحقه تبعه ابتداء
وسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع للنفس فيكون ماله فيئا اذا وقع في
غنيمة لا سبيل لورثته فيه وكذا ان اخرجه تاجر لما ذكرنا بخلاف نفسه حيث لا يكون فيئا
لان المرتد لا يسترق على ما بينا من قبل قال فان رجع وذهب بماله وظهر
عليه فلوارثه يعني لوارثه اخذه لانه لما لحق بدار الحرب ملكته الورثة فكالمالك القديم
ان يأخذ ما له قبل القسمة بغير شيء وبعدها او من التاجر بالعوض على ما بينا ومراده اذا
رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه واما اذا رجع قبل الحكم بلحاقه واخذ ما له ولحق به ثانيا فلا
سبيل لورثته على ذلك المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما بينا غير
مرة وقال في النهاية في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد
على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وهذا
مشكل لان الملك للورثة لا يثبت الا بالقضاء فكيف ثبت هنا وقال في الكافي
القضاء ترجح جانب عدم الرجوع الى دارنا فيتقرر موته ولما خرج الينا مغيرا ورجع
بماله ظهر انه لا يريد العود الى دارنا فيتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيكون
ماله لورثته من ذلك الوقت وقال في النهاية وفي بعض روايات السير يكون فيئا لا حق
للورثة فيه لان الحق للورثة لا يثبت الا بالقضاء قال وان لحق وقضي بعبده لابنه
فكاتبه فجاء مسلما فالكتابة والولاء لمورثه وهو المرتد الذي اسلم لان ملك الوارث
خلف عن ملك المورث لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين انه محتاج اليه فيعاد اليه ملكه
غير ان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلنا الوارث نائبا عنه وحقوق
العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه ونظيره المكاتب اذا كاتب عبده
ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه
بخلاف ما اذا رجع بعد اداء الكتابة لان الملك الذي له عتق لم يعده وبخلاف ما اذا
باعه لما قلنا ولا يقال المكاتب لا يقبل الانتقال فكيف انتقل الى المرتد الذي اسلم لانا
نقول هذا ليس بانتقال وانما هو سقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الاصل
قال فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق بدار الحرب او قتل فالدية في كسب الاسلام
خاصة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة
جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لعدم النصرة فيكون في ماله خاصة فما له عندهما الكسب
في حالة الاسلام والردة جميعا لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث في الكل عندهما

وعنده ما له المكتسب في حالة الاسلام خاصة لنفوذ تصرفه في تلك الحالة دون المكتسب
في حالة الردة لتوقف تصرفه فيها ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا وينبغي ان يكون
هذا على الروايات المتقدمة عن ابي حنيفة رضي الله عنه من انه يستند الكسب الردة او
الاسلام او كل دين يقضي من كسبه في تلك الحالة هذا اذا قتل او مات قبل ان يسلم واما
اذا اسلم ثم مات او لم يمت يكون له الكسبان جميعا بالاتفاق لان الكل ما له ولهذا
يجري الارث فيه بالاتفاق **قال** ولو ارتد بعد القطع عمدا ومات او لحق وجاء
مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته اي لو قطعت يد المسلم عمدا
فارتد والعياذ بالله تعالى ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما
فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله خاصة لان العاقلة لا تحمل العمد اما الاول
وهو ما اذا ارتد بعد ما قطعت يده ومات من القطع فلان السراية حلت محلا غير
معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن
شيئا لان ما هدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا
بالردة يجب عليه ضمان ما اتلف وهو معصوم وهو اليد دون النفس ونظيره البيع
او الاعتاق حتى لو قطعت يد عبده ثم باعه او اعتقه لا يضمن الجاني الا اليد وان
مات بعد الرد عليه بالفسخ لانه صار مبريا له بهذا التصرف واما الثاني وهو ما
اذا لحق بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت
يقطع السراية واسلامه حياة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم
يقض القاضي بلحاقه حتى عاد مسلما ثم مات من القطع فهو بمنزلة موته مرتدا قبل ان يلحق
بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر رحمهما الله على ما نبين ان شاء الله تعالى لان حكم
الالتحاق لا يثبت الا بحكم الحاكم **قال** وان لم يلحق واسلم ومات ضمن الدية
اي كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال زفر ومحمد رحمهما الله
يضمن نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام معتبرا
وهذا لان الردة بمعنى لو مات عليها لا يجب بالسراية شيء فكذا اذا لم يمت عليها فصار
كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم استراه او تقايلا ثم مات لم يجب على القاطع الا دية
اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا ولانه بالردة اهدر دمه فصار مبريا له عن
ضمان النفس كما اذا باع عبده بعد القطع على ما ذكرنا ولهما ان الجناية وردت
على محل معصوم وتمت على محل معصوم فيوجب كل الدية كما لو لم يتخلل الردة بينهما وهذا
لانه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في انعقاد السبب
وفي حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم فصار كاشتراط قيام الملك حالة

في حالة

في حالة اليمين وحالة وجود الشرط وكاشتراط كمال النصاب في حال انعقاد السبب
وتمامه والردة ليست بابراء عن الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين الا ترى
انها توجد من غير ابراء بان لم يكن ثم جناية عليه الا انه لو مات على تلك الحالة لا يجب
الضمان بانتفاء الحال لكون دمه هدرا بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع
وضع لقطع ملكه والضمان يدل على ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل
ايضا فصار كالابراء **قال** ولو ارتد مكاتب ولحق واخذ بماله وقتل فكتابته
لمولاه وما بقي لورثته لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردة غير انه صار دمه
مباحا وباباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة
لا تبطل بالردة واللحاق بدار الحرب لانها تبطل بحقيقة الموت ففي الحكمي اولى ان لا تبطل
فيبقى ملكه لما له والتصرف على حاله وهذا قولهما ظاهر واما قول ابي حنيفة فلان المكاتب
انما يملك المال والتصرف بعقد الكتابة وهو باق وعلى ما بيناه ولا يمنع ذلك بالرق فاولى
ان لا يمتنع بالردة لان الرق اقوى في المنع من الردة الا ترى ان المرتد يملك بعض
التصرفات بالاجماع وبعضها فيها الخلاف فاذا كانت الكتابة باقية يوفي المولى كتابته
وما بقي يكون لورثته كما في الموت الحقيقي فان قيل اذا مات عن وفاء حكم بعتقه في اخر جزء
من حياته في حق الحقوق المستحقة بالكتابة وهي حريته نفسه واولاده وملك كسبه رقبته
وفيما عدا ذلك من الاحكام يعتبر عبدا الا ترى انه لا يصح وصيته وان ترك وفاء لان
الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا لا يكون كسبه فيئا لان كسب العبد
المرتد لا يكون فيئا فلا يجعل حرا في حقه **قال** ولو ارتد الزوجان ولحقا
فولدت وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد
اي اذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا بدار الحرب فولدت المرأة هناك ولدا وولد للولد
ولد ثم ظهر عليهم جميعا فولدهما وولد ولدهما فيء ويجبر ولدهما على الاسلام لا
ولد ولدهما لان الولد يتبع الام في الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها
ويجبر الولد على الاسلام تبعا لابويه لان الاولاد يتبعون الاباء في الدين لقوله صلى الله
عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه الحديث
رواه البخاري ومسلم واحمد وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ارايت من يموت منهم
قال الله اعلم بما كانوا عاملين فيكون حجة لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في توقفهما في
اطفال المشركين فاذا تبعهما يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر
اصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم الكافر الاصلي وولد الولد يسترق
ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الاسلام فيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن

لاجه

[illegible marginal note]

لو اجبر

حنيفة رضي الله عنه تبعا لجده وفي رواية لا يجبر لانه ان لم يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان
اباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع او تبعا لجده ولا وجه له لان تبعيته الا بالآباء
الذي على خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم
وحوا ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد واصل هاتين الروايتين مبني على ان ولد
الولد يكون مسلما باسلام جده ام لا ففي رواية الحسن يكون مسلما فاذا تبعه في الاسلام
تبعه في الاجبار عليه ايضا وفي رواية لا يتبعه في الاسلام فكذا في الاجبار والمسائل
التي جعل الجد فيها كالاب اربعة كلها تخرج على الروايتين احدها هذه والثاني
صدقة الفطر اذا كان الجد موسرا فهل يجب عليه صدقة فطر الحافد والثالثة
الوصية وهو ما اذا اوصى لاقربائه هل يدخل الجد فيها اولا والرابعة جر الولاء
وهو ما اذا اعتق الجد هل يجر ولاء الحافد الى مولاه ام لا ففي ظاهر الرواية لا يكون
الجد في هذه المسائل كالاب **قال** وارتداد الصبي العاقل صحيح كاسلامه
ويجبر عليه ولا يقتل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله ارتداده ليس
بارتداد ولا اسلامه باسلام لانه تلزمه احكام مشوبة بمضرة منها حرمان الارث ولزوم
الفرقة بينه وبين امرأته المشركة او المسلمة وامتناع وجوب نفقته على ابويه او غيرهما
من اقاربه ولانه تبع لابويه فلا يجعل اصلا اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل
القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان في شخص واحد ولابي يوسف رحمه الله ان الارتداد
من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما يتمحض ضررا ولهما
ما روي عن جابر رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال كل مولود يولد على الفطرة
حتى يعرب عنه لسانه فاذا اعرب عنه لسانه فاما شاكرا واما كفورا رواه احمد وصحح
صلى الله عليه وسلم ايمان علي رضي الله عنه وكان يومئذ صبيا وافتخاره بذلك معروف
وكان يقول سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي وسبقتكم الى الاسلام
فهو انصار مهجتي وسنان عزمي وذكر جعفر انه اسلم ابن خمس سنين وذكر القتبي ابن كان
سبع سنين وعن عروة انه قال اسلم علي وعمره ثمان سنين اخرجه البخاري ولانه اتى بحقيقة
الاسلام وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان وكذا اتى بحقيقة الكفر وهو الجحود
والانكار فلا مرد للحقائق وهذا لان الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل الى رده
ولا الحجر عنه لان الحقائق لا يحجر عنها كما لا يحجر في حق سائر افعاله حتى وجب عليه الضمان
باتلافه مال الغير شرعا وفسد صومه باكله وهو صائم ولا يعذر فيه لاجل صباه
والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده لضرر يلحقه في الدنيا وما يتعلق

به سعا

به سعادة ابدية ونجاة سرمدية هي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي الذي يترتب على
الاسلام ثم يبنى عليه غيره فلا يبالي بشوبه لان المعتبر هو الحكم الموضوع له لا يلزمه في ما م
ضمنه وقوله تبع لابويه فلا يجعل اصلا الى اخره قلنا انما جعل تبعا لتوفير المنفعة عليه
وفي اعتبار فعله بنفسه بطريق الاصالة مع ابقاء التبعية تحصيل المنفعة بطريقين وذلك
انفع وانما يمتنع الجمع بينهما اذا كان بينهما مضادة واما اذا ايد احدهما بالاخر
فلا يمتنع الا يرى ان التبع اذا نوى السفر كالمرأة ونحوها صار مسافرا بنيته وبنية اصله
ايضا قلنا فان قيل لو صح اسلامه بنفسه لكان ذلك منه فرضا لاستحالة كون الايمان نفلا
بخلاف سائر العبادات فانها متنوعة بين الفرض والنفل فاذا صار فرضا لزم ان يكون
مخاطبا ولا قائل به فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لان
لا صفة الفرضية في الاصل مغنية عن اعتباره في التبع ولانه لو كان عقله معتبرا لوقعت
الفرقة بينه وبين امرأته اذا لم يحسن ان يصف الاسلام كالبالغ قلنا انما لم يكن مخاطبا
لدفع الحرج عنه فاذا اداه صح كالمسافر وغيره من اصحاب الاعذار يؤدي الجمعة
فانه يصح ويقع عن الفرض وان لم يكن الجمعة فرضا عليه وانما لم تبن زوجته اذا لم يحسن
الوصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله لا يقتل يعني
اذا ابى ان يسلم بعد ما ارتد لان القتل عقوبة وهو ليس من اهلها والاجبار على الاسلام
نفع له يعني هذا في صبي يعقل واذا كان لا يعقل لا يصح منه شيء من ذلك لان اقراره لا
يدل على اعتقاده فلا يعتبر وكذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران في الردة دون الاسلام
على ما عرف في موضعه ويلحق الساحر بالمرتد قال في المحيط معزيا الى الفتاوى الساحر هل
يقتل او يقتل بعد توبته ينظر ان اعتقد انه خالق لما يفعل فمتى تاب عن ذلك وقال ان الله خالق
كل شيء وتبرأ عما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر اسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد
وقال ابو حنيفة رضي الله عنه انه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله اني اترك السحر واتوب في المجرد
منه اذا شهد الشهود انه الان ساحر او اقر بذلك وكذلك المرأة الساحرة تقتل لان
عمر رضي الله عنه كتب الى نوابه ان اقتلوا الساحر والساحرة رواه احمد وابو داود
والبخاري وعن جندب رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف
رواه الدارقطني وقال الترمذي الصحيح انه موقوف عليه قلنا الموقوف في مثله
محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأي وذكر في المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب
كالمرتدة والاول اصح لان ضرر كفرها وهو السحر يتعدى فيكون ساعية في الارض بالفساد
بخلاف المرتدة والحربية وكذلك الزنديق يقتل ولا تقبل توبته لما روي عن عكرمة رضي الله
عنه انه قال اتي علي رضي الله عنه بزنادقة فاحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضي الله عنهما

قال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه البخاري وعن

باب البغاة

قال رحمه الله خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف شبهتهم لان عليا رضي الله عنه بعث عبد الله بن عباس رضي الله عنه الى اهل حروراء ان دعاهم الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولانه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة كما قال الله تعالى وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين وهو اهون فيبدأ به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا لماذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم لان قتالهم فرض لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فصار قتالهم كقتال اهل الحرب قال ويبدأ بقتالهم يعني اذا تجهزوا وتهيؤوا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده وهو المذهب عندنا وذكر القدوري في مختصره لا يبدؤهم بقتال حتى يبدؤوه وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ما تلونا من غير قيد بالبداءة منهم وقول علي رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سيخرج قوم في آخر الزمان حداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه احمد ومسلم والبخاري ولان الحكم يدار على دليله وهو ما ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله لا يمكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولانهم بالخروج عن الامام صاروا عصاة فجاز قتالهم الى ان يقلعوا عن ذلك بل وجب لما تلونا وما روي عن علي رضي الله عنه من قوله ان بقيا لكم حتى تقاتلونا والخوارج معناه حتى تعزموا على قتالنا بدليل ما روينا عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولو امكن دفع شرهم بالحبس بعد ما تأهبوا فعل ذلك ولا يقاتلهم لانه امكن دفع شرهم باهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم والمروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه من لزوم البيت محمول على عدم الامام واما اعانة الامام من الواجبات عند القدرة وما روي عن ابن عمر مع جماعة من الصحابة رضي الله عنهم من القعود عن الفتنة محمول على انهم كانوا عاجزين قال وان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم لان المقصود

من قتالهم

اليه اي

من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا لانهم يرجعون الى جماعتهم فيعودون حربا علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم الى الجماعة وهو المقصود قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله قال وان لا اي ان لم يكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روي عن مروان بن الحكم انه قال صرخ صارخ لعلي يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن اغلق بابه فهو آمن ومن القى السلاح فهو آمن رواه سعيد ويوم الجمل لم يكن لهم فئة ولان قتلهم كان لدفع شرهم وقد اندفع بدونه فلا حاجة اليه وعند الشافعي رحمه الله لا يقتل في الوجهين بناء على ما بينا من اصله انه لا يجوز قتلهم الا دفعا ولا دفع في قتله بعد ما ترك القتال ونحن نقول الحكم يدار على الدليل لا على حقيقة القتال على ما بينا قال ولم تسب ذريتهم وحبس اموالهم حتى يتوبوا لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله لا يقتل اسير يعني اذا لم يكن لهم فئة وان كانت لهم فئة فالامام بالخيار ان شاء قتلهم لئلا ينفلت ويلتحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع به وليس له ان يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول علي رضي الله عنه لا يكشف ستر وحين طلب منه اصحابه ان يقسم النساء بينهم قال اذا قسمت فمن يكون عائشة رضي الله عنها فافحمهم بذلك وقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فيكون اموالهم وانفسهم معصومة بالعصمة لكونهم في دار الاسلام قال وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وقال الشافعي رحمه الله لا يقاتل به لانه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين اصحابه وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك بدليل ما روى الزهري ان الصحابة اجمعوا ان لا يؤخذ مال ولان للامام ان يفعل ذلك بمال اهل العدل لما روي انه صلى الله عليه وسلم اخذ الدرع من صفوان بغير رضاه فما ظنك بمال اهل البغي لا سيما اذا كان فيه دفع شرهم وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر اموالهم لان في رده عليهم تقوية لهم واعانتهم على المعصية والكراع يباع ويحبس ثمنه لان حبس الثمن ايسر واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب اوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال المانع ولو كان معهم من اهل الذمة يعينونهم على القتال يحكمهم كحكم اهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم ولا اخذ اموالهم لان عهدهم لا ينتقض قال وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء اي ان قتل باغ باغيا مثله في عسكرهم عمدا ثم ظهر عليهم لم يجب عليه القصاص لان القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتل فلم يوجب ولم ينقلب موجبا بعده كالقتل في دار الحرب قال وان غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به يعني اذا غلب البغاة على مصر فقتل رجل من

باب البغي

اهل المصر رجلا من المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه قياسا ولهذا لم يجر على اهل المصر احكام اهل البغي بل ان يجيء الامام العدل فقبل ذلك عجز ذلك المصر لا ان ولايه امام اهل العدل لم تنقطع قبل ان يجري احكامهم فيجب القصاص وبعد الاجرا تنقطع فلا يجب

قال وان قتل عادل باغيا او قتله باغ وقال انا على حق ورثته وان قال انا على باطل لا اي قتل رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي او قتل رجل من اهل البغي رجلا من اهل العدل وقال الباغي القاتل قتلته وانا على الحق ورثه وان قال قتله وانا على الباطل لا يرث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا يرث العادل ايضا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث القاتل ولهذا عنده لو قتله بحق من قصاص او رجم او حكم عليه بذلك او شهد عليه لا يرث قلنا حرمان الارث جزا الجريمه ولا جريمه في القتل الواجب او الجائز فلا يحرم وقتل الباغي واجب فلا اثم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه فكذا لا يحرم الارث لان حرمانه من باب العقوبه وكذا الباغي لا يحرم لانه اتلف ما اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا انضمت اليه منعه كتاويل اهل الحرب والمرتدين الا ترى الى ما يروى عن الزهري انه قال هاجت الفتنه واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاجمعوا الا يقاد احد ولا يوخذ بمال على تاويل القران الا ما وجد ما له بعينه رواه احمد وكذا اجمعوا على ان ما اتلفه اهل الرده لا يجب عليهم ضمانه رواه البرقاني على شرط البخاري ولان الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام منه لاعتقاده الاباحه ولا الزام من الامام لعدم الولايه لمنعتهم ولا يمكن القياس على ما اذا لم يكن لهم تاويل او منعه لان الولايه باقيه قبل المنعه والالتزام موجود عند عدم التاويل ولا بد من المنعه والتاويل لسقوط الضمان حتى لو تغلب لصوص غير متاولين على مدينه فقتلوا النفس واخذوا المال اخذوا بجميعه لعدم التاويل وكذا لو تاول رجل او رجلان فاخذوا المال واتلفوا النفس متاولين اخذوا بجميع الاحكام لعدم المنعه ثم قال صاحب الهدايه ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ما له لا يضمن ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا اتلف العادل لا يجب الضمان عندنا عليه ويأثم لانه لا منعه في حق الشارع وكذا قال في البدايع لا يضمنون ما اصابوا من دمائنا واموالنا اذا كان لهم منعه وكذا اهل العدل لا يضمنون ما اصابوا من دمائهم واموالهم لان ما اتلفوا دفعا لقتالهم عن انفسهم العادل والعادل اذا اعاد لا عبدا او حرا او ما له دفعا لقتاله لا يضمن فالباغي اولى وفي شرح الجامع قال محمد رحمه الله اذا تابوا افتيتهم ان يغرموا ولا اجبرهم على ذلك لانهم اتلفوا بغير حق فبسقوط المطالبه لا يسقط الضمان فكان في الاجابه فايده فيما بينه وبين الله تعالى وفي المحيط العادل

عليهم

اتلف

اذا اتلف مال الباغي يوخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وامكن الزام الضمان فكان في الاجابه فايده بخلاف ما اذا اتلفوا مال العادل فعلى هذا الذي ذكره في الهدايه والبدايع من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا اتلفه حاله القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه ان يقتلهم الا باتلاف شي من مالهم كالخيل والقماش الذي عليهم وعند ارسال الما والنار عليهم واما اذا اتلفوها في غير هذه الحاله فلا معنى لمنع الضمان لان مالهم معصوم واعتقاد الحرمه موجود فلا مانع من وجوب الضمان والاثم ثم ابو يوسف رحمه الله يقول في قتل الباغي العادل انه قتل بغير حق فيتعلق به حرمان الارث كقتل الخاطي بل اولى لانه ياثم والخاطي لا ياثم بالقتل والتاويل الفاسد يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان والحاجه هنا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما ان هذا قتل حصل بتاويل صحيح عند القاتل لانضمامه الى المنعه ولئن كان هذا التاويل فاسدا في نفسه الا يرى انه يسقط به الضمان فكذا لا يوجب الحرمان وقوله والحاجه الى استحقاق الارث هنا لا الى الدفع قلنا ممنوع بل الحاجه هنا الى دفع الحرمان لان الارث يستحق بسببه كالنسب او السبب وهو موجود فيرث به ويدفع الحرمان الذي ثبت جزا على فعله بتاويله الفاسد بشرطه وهو ان يكون مصرا ليكون صحيحا عنده بخلاف المخطي فان الخطا لا يدفع جزا فعله في الدنيا الا يرى انه يجب عليه الديه والكفاره والباغي لا يلزمه شي من ذلك

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنه لانه اعانه على المعصيه قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولان الواجب قلع سلاحهم بما امكن حتى لا يستعملوه في الفتنه فالمنع اولى

قال وان لم يدر انه منهم لا اي ان لم يدر انه من اهل الفتنه لا يكره البيع له لان الغلبه في دار الاسلام لاهل الصلاح وعلى الغالب تبنى الاحكام دون النادر وانما يكره بيع السلاح دون ما لا يقاتل به الا بصنعه لان المعصيه تقع بعين السلاح بخلاف الحديد الا ترى ان العصير والخشب الذي يتخذ منهما المعازف لا يكره بيعه لانه لا معصيه في عينهما وكذا لا يكره بيع الجاريه المغنيه والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامه الطياره لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر في استعمالها المحظور ثم ذكروا ان الحديد لا يجوز بيعه من اهل الحرب واجازوه من اهل البغي والذي يظهر من الفرق ان اهل البغي لا يتفرغون لاستعماله لان الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبه او بتفريق جمعهم بخلاف اهل الحرب

نفسه

كالحديد

كتاب اللقيط

اللقيط اسم لشي منبوذ في اللغه فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح وفي اصطلاح الفقها اسم لمولود حي طرحه اهله خوفا من العيله او التهمه سمي به باعتبار ما يوول اليه لما انه يلتقط وهو

من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة كقوله من قتل قتيلا فله سلبه قال ندب التقاطه
ووجب ان خاف الضياع لما فيه من احياء النفس لانه على شرف الهلاك قال الله تعالى ومن احياها
فكانما احيا الناس جميعا وفي دفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال
ولهذا قيل محرزه غانم ومضيعه آثم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا
ولم يوقر كبيرنا فليس منا وانما هو مندوب اليه ان كان في غالب رايه انه لا يهلك بان وجده
في مصر كما بينا ومفروض عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجده في مفازة ونحوه من المهالك
صيانة له ودفعا للهلاك عنه كمن راى اعمى يقع في بير ونحوه يفترض عليه حفظه عن الوقوع
وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته قال وهو حر لان الاصل
في بني ادم اذ هم اولاد ادم وحوا وادم فالاصل بقا ما كان على ما كان عليه حتى يوجد ما يغيره
ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو الظاهر والغالب
ثم هو حر في جميع الاحكام حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف امه لوجود ولد منها لا
يعرف له اب قال ونفقته في بيت المال روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما
ولانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصرف الى مثله فصار
كالمقعد الذي لا مال له ولا قريب ولان ميراثه لبيت المال فيجب نفقته منه لان الخراج
بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه وقد بينا النوع الذي يستحق فيه النفقة من بيت المال
في اواخر باب الجزية من كتاب السير ولو انفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعا لانه ليس
له ولاية الالزام الا ان يامره القاضي بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط بها لان للقاضي ولاية
عليه فيكون دينا عليه ثم مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكر
الطحاوي كما اذا قضى دينا على شخص بامره فانه يرجع عليه وفي الاصح لا يرجع على اللقيط
بمجرد الامر الا اذا صرح له بانه ينفق عليه ليرجع لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب
فلا يرجع عليه بالاحتمال قال كارثه وجنايته فيه على ما بينا قال ولا
ياخذه منه احد اي لا ياخذ اللقيط احد من الملتقط لان يده سبقت اليه فكان احق بحفظه
ولم يكن لغيره ان ينتزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له ان يسترده لانه رضي
باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضي فله ان لا يقبله منه لاحتمال انه ولده دفعه اليه
ليكون مؤنته في بيت المال وان اقام بينة انه لقيط او علم القاضي بذلك فكذلك له ان لا
يقبله منه لانه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته ثم اراد ان يعزل نفسه فلا يسمع منه
ان شا كالوصي اذا اراد عزل نفسه بعد موت الموصي قال ويثبت نسبه من
واحد يعني اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط والقياس ان لا يثبت نسبه منه لانه يتضمن ابطال
حق الملتقط في اليد ولا يملك ذلك وجه الاستحسان انه اقرار بما ينفعه وهو محتاج اليه

وجنايته اي نفقته في بيت المال كما يكون ارثه له ح

اليه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه والملتقط لا ينازعه فيه فصحت دعوته من ضرورة
ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من الاجنبي وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت
قصدا وقيل يصح في حق النسب دون ابطال اليد للملتقط لان يده ثبتت في وقت لا منازع
له فيه فلا يقدر على ابطالها والاصح الاول لما ذكرنا هذا اذا لم يدع الملتقط معه ولو
ادعاه فدعوة الملتقط اولى وان كان ذميا والاخر مسلما لانه صاحب يد والقياس
ان لا تقبل دعوة الملتقط اصلا لانه يناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعدما اقر انه
لقيط ولانه باقراره يلزم اللقيط حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح وجه الاستحسان
ان الاقرار على نفسه بانه تلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه ويكتسب له ما ينفعه وقد يخفى
على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما لا يخفى لا يمنع القبول كالملاعن اذا
اكذب نفسه وقيل يقبل قوله قياسا واستحسانا لانه ليس فيه ابطال يد احد والنسب
منفعة على ما بينا بخلاف دعوة الاجنبي والاصح انه على القياس والاستحسان كدعوة الاجنبي
وان اختلف وجه القياس فيهما على ما بينا قال ومن اثنين اي يثبت نسبه من
اثنين ايضا كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد او بينة او ذكر علامة
فيكون ابنهما لاستوائهما في السبب والنسب يثبت من اثنين عند الاستواء في الحجة عندنا
باب ٤ على ما بينا في الاستيلاد قال وان وصف احدهما علامة به اي بالولد فهو احق به
لان ذكر العلامة يدل على انه كان في يده فالظاهر انه له فيترجح بها بخلاف اللقطة حيث
لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها لان الترجيح لا يعتبر الا بعد وجود سبب الاستحقاق
وقد وجد ذلك في اللقيط وهو الدعوة دون اللقطة الا ترى ان احدهما لو انفرد بها يؤمر
بالتسليم في اللقيط دون اللقطة فعلم بذلك ان الدعوة سبب الاستحقاق في اللقيط واعتبار
العلامة له اصل في الشرع قال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل الاية وقال تعالى
تعرفهم بسيماهم وان وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح اذ ليس احدهما باولى من
الاخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الاخر بعده لا يقبل
الا ببينة لان البينة اقوى ولو ادعت امراتان قضي به لهما عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما
لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما متعلق بحقيقة الولادة وهو محال منهما بخلاف
الرجل قال ومن ذمي وهو مسلم ان لم يكن في مكان اهل الذمة اي يثبت نسبه
من ذمي اذا ادعاه ويكون اللقيط مسلما ان لم يوجد في مكان اهل الذمة وهذا استحسان لان
دعوته تضمنت النسب وهو نافع له وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت فيما ينفعه
دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابنا له ان يكون كافرا كما لو اسلمت امه والقياس ان لا تقبل
دعوته لانه حكم له بالاسلام فلو جعل ابنا له صار تبعا له في الدين وهو نقض وجه الاستحسا

ما بيناه وقوله ان لم يكن في مكان اهل الذمة تصريح بان المعتبر هو المكان وقد اختلف
المشايخ فيه فحاصله ان المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد
او القرية او المصر للمسلمين فيكون مسلما والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة
والكنيسة وقرية من قراهم فيكون كافرا والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع
ان يجده الكافرين ففي هذين الفصلين اختلف الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه مسلم في مكانه
ولان المسلم لا يضع ولده في البيعة ولا الكافر في المسجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد
رحمه الله للواجد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي
الصغير مع احد ابويه يعتبر كافرا فكذا هذا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لانه كالاب
في حقه لقيامه بتربيته وفي رواية ايهما كان موجبا لاسلامه فهو المعتبر لان الاسلام يعلو
ولا يعلى وهو انفع له ايضا وفي رواية يحكم زيه فان كان زيه زي المسلمين فهو مسلم وان
كان عليه زي الكفرة نحو الزنار والصليب فهو كافر **قال** ومن عبد وهو حر
اي يثبت نسبه من عبد اذا ادعاه ويكون الولد حرا لان ثبوت النسب منه محض منفعة
في حقه وهو لا يتبعه في الرق وانما يتبع امه وقد تلد حرة فيكون ولده حرا فلا تبطل الحرية
الثابتة بالدار بالوهم ولو قال العبد هو ولدي من زوجتي وهي امة فصدقته مولاها
يثبت نسبه ويكون حرا عند محمد رحمه الله لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل الحرية بتصادق
العبد وسيدها وقال ابو يوسف رحمه الله يكون عبدا لسيدها لان الامة امه فاذا
ثبت النسب منها ثبت ما هو من ضروراته وهو الرق اذ يستحيل ان يكون المولود بين
رقيقين حرا بخلاف الذمي على ما بينا قلنا لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه قبل الانفصال
وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد
ولو ادعاه حران احدهما انه ابنه من هذه الحرة والاخر من الامة فالذي يدعي من الحرة
اولى لانه اكثر اثباتا لكونه يثبت جميع احكام النسب ولو كانت الامة سرية له لانه يثبت
الاحكام من جانب والاخر من جانبين فكان اولى والمسلم احق من الذمي عند التنازع لانه انفع
له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمي اولى لان الترجيح بالاسلام يكون عند الاستواء ولا استواء
وكذا العبد لا يترجح باليد **قال** ولا يرد الا ببينة لانه حكم بحريته بالدار فلا
تنقض الا بالحجة ويشترط ان يكون الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار او باليد فلا تقبل عليه
شهادة الكفار الا اذا اعتبر كافرا لوجوده في موضع اهل الذمة على ما بينا والخصم فيه
هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه فيقيم عليه البينة ليتوصل الى
الى حقه وكذا اذا صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يسع تصديقه لانه يضره نفسه بعد الحكم
بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا في يد رجل فادعى انه عبده وصدقه الغلام فانه يكون

عبدا له

١٢٩

عبدا له وان لم يدرك لانه لم يعرف الا في يده فالقول قول ذي اليد كالذي لا يعبر عن نفسه
لقيام يده لا بتصديقه ولهذا لو سكت يكون عبدا له لكن اذا ادرك لا يصح لقيام يده من وجه
وان صدقه بعدما ادرك لا ينظر ان كان بعدما جرى عليه شيء من احكام الاحرار من قبول
شهادته وحد قاذفه لا يصح اقراره بالرق لانه اتصل به التكذيب من جهة الشرع فصار
كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر له **قال** وان وجد معه مال فهو له
لانه في يده وهو من اهل الملك لكونه حرا فيكون ما في يده له نظاهر يده وكذا اذا كان المال
مشدودا على الدابة واللقيط عليها للشهادة الظاهرة منها له ويصرفه الملتقط اليه
بامر القاضي عند البعض لانه مال ضائع لا يعرف له مالك وللقاضي ولاية صرف مثله اليه
وقيل يصرفه اليه بغير امره لانه مال اللقيط ظاهرا لما ذكرنا ومن شرع جعله له ظاهرا
وللملتقط ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه لمصلحة اللقيط من ماله ولا يقال الظاهر لا يصلح
للاستحقاق بل للدفع لانا نقول غرضنا بذلك دفع الغير فاذا اندفع بقي المال ضائعا فيصرف
عليه على انه ملكه او بيت المال **قال** ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة
لان ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة او ملك او سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف
في المال لا يجوز الا بكمال الرأي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الاب والجد لا غير ولهذا
لا يملكه الام مع انها تملك الانكاح فهذا اولى وهذا لان في كل منها لم يوجد الا شطر العلة
وهي كمال الشفقة فيها وكمال الرأي فيه فصار كالعم والاجارة لا من يملكها من لا يملك اتلاف
منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك ان يؤجره كالعم بخلاف الام فانها
تملكه على ما عرف في موضعه وذكر القدوري رحمه الله ان له ان يؤجره الى تثقيفه والاول لانه يرجع ؟
اصح وهو رواية الجامع الصغير **قال** ويسلمه في حرفة لانه نفع محض لتهذيب نفسه وتطلع
صاحب حرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سببا لسعادته في الدنيا والاخرة
قال ويقبض هبته اي اذا وهب للقيط هبة فللملتقط ان يقبضها له لانه نفع محض
وليس فيه احتمال خلافه ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا الا والله اعلم

كتاب اللقطة

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فان كلا منها مشتق من الالتقاط وهو الرفع واللقطة
بضم اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم للمفعول كالضحكة والضحكة
وسمي هذا المال الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معنى اختص به وهو ان كل من رآها يميل
الى رفعها فكانها تامره بالرفع لانها حاملة اليه فاسند اليها مجازا فجعلت كانها هي التي رفعت
نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لان من رآها

يرغب في الركوب والحلب فنزلت كأنها جلبت نفسها وركبت على نفسها قال لقطة الحل
والحرم أمانة إن أخذها ليردها على ربها وأشهد لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً
بل هو الأفضل عند عامة العلماء وجب إذا خاف ضياعه فإذا كان كذلك لا يكون مضموناً عليه
وصاحبها أيضاً رضي بالأخذ ليحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان
وإنما قلنا بأنه مأذون فيه شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل
وليحفظ عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وإن لم يجئ فهو مال الله يؤتيه من
يشاء رواه أحمد وابن ماجه وهذا مطلق يتناول لقطة الحل والحرم وقالت المتقشفة صاحبها
لا يحل له أن يرفعها لأن مال الغير لا يجوز إثبات اليد عليه إلا بإذنه كما لا يجوز تناوله إلا بإذنه
وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحل له أن يرفعها والترك أفضل لأن صاحبها يطلبها
في ذلك الموضع والحجة عليهم ما بينا ولأنه لو تركها لا يأمن أن تصل إليها يد خائنة فيكتمها
عن مالكها قالوا إذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك أفضل صيانة لنفسه عن الوقوع
في المحرم وإذا أخذها عرفها حتى يوصلها إلى مالكها والإشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه
صاحبها أنه أخذها ليردها على صاحبها لم يضمن وإن لم يشهد لأن إقراره حجة عليه كالبينة
ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير فصار كالغاصب
وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وإن لم يشهد عند الالتقاط وادعى
أنه أخذها للرد وادعى صاحبها أنه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط
قيمتها عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله القول قول الملتقط فلا يضمن لأن أخذها لصاحبها
حسنة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد ولأن الملتقط
منكر والمالك مدعي للضمان فالقول قول المنكر ولهما أنه أخذ مال الغير بغير إذنه وهو
سبب للضمان فيضمن وهذا لأن الأخذ لا ينعقد إلا بالإشهاد على ما روينا وإذا لم يشهد لم يوجد
فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو أن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه
وصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى أنه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الإمكان
وأما إذا لم يمكنه بأن لم يجد أحداً يشهده أو خاف عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لأن ترك
الإشهاد إنما يدل على أخذه لنفسه عند القدرة وإن أشهد عند الأخذ وعرفها ثم ردها إلى
موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره أن ردها بعدما حولها ضمن لأنه بالتحويل التزم حفظها
وبالرد صار مضيعاً لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما إذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان
به اتفاقاً لأن الظاهر أنه أخذه لنفسه فلا يبرأ بعد الرد على صاحبه ويكفيه في الإشهاد
أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر قال
ويعرف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها أي عرف اللقطة إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها

وروى محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه إن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً
وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً وقوله أياماً على حسب ما يرى وقدره محمد في
الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله
ووجهه أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن لقطة الذهب والفضة فقال اعرف وكاءها
وعفاصها ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولكن وديعة عندك فإن جاء طالبها
يوماً من الدهر فأدها إليه وسئل عن ضالة الإبل فقال ما لك ولها دعها فإن معها
حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها وسئل عن الشاة فقال خذها
فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب رواه مسلم والبخاري وغيرهما فقدره بسنة من غير
فصل بين القليل والكثير وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها إن كانت مائتي
درهم فصاعداً يعرفها حولاً وفيما فوق العشرة إلى مائتين شهراً وفي العشرة جمعة وفي
ثلاثة دراهم ثلاثة أيام وفي درهم يوماً وإن كانت تمرة ونحوها تصدق بها مكانها
وإن كان محتاجاً أكلها مكانها قدر لكل لقطة ما يليق بحالها فكان هذا وما ذكره في المختصر
واحداً لأنه فوضه إلى اجتهاده وهذا قدره باجتهاده فلا تنافي بينهما وهو الذي اختاره
صاحب الهداية بقوله وقيل إن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي
الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وإن كانت اللقطة
شيئاً لا يبقى عرفها حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به وعنه صلى الله عليه وسلم أنه مر
بتمرة في الطريق فقال لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها رواه البخاري
ومسلم وقال جابر رضي الله عنه رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط
والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به رواه أبو داود وقال صلى الله عليه وسلم
لأبي بن كعب رضي الله عنه عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها فأعطها
إياه وإلا فاستمتع بها رواه مسلم وأحمد فهذه الأخبار بعضها مقدرة بحول وبعضها
بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير فهذا يدلك على أن التقدير ليس بلازم وإنما هو مفوض
إلى رأي الملتقط وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي لقطها فيه وفي الجامع فإن ذلك أقرب
إلى الوصول إلى صاحبها وعن الحلواني أنه يكفيه الإشهاد لأنه بأخذها ليردها على صاحبها
ويكون ذلك تعريفاً وهو المذكور في السير الكبير ولو أن رجلاً سيب دابته فأخذها
إنسان فأصلحها ملكها إن قال لمالكها وقت التسيب هي لمن أخذها ولا سبيل له عليها
لأنه أباح التملك وإن لم يقل كان له أن يأخذها منه وكذلك فيمن أرسل صيده ولو
اختلفا فالقول قول صاحبها ذكره أبو الليث وفي الهداية أنه إذا كانت اللقطة شيئاً يعلم
أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون إلقاؤه إباحة ويجوز الانتفاع به

من غير تعريف لكنه مبقًا على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات
المختار في القشور والنواة تملكه وفي الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد
فهو له لاجماع الناس على ذلك وان سلخ شاة ميتة فهو له ولصاحبها ان ياخذه منه وكذلك
الحكم في صوفها **قال** ثم يتصدق اي تصدق باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد
التعريف لان الواجب عليه حفظها واداؤها الى اهلها قال الله تعالى ان الله يامركم
ان تؤدوا الامانات الى اهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة وبالتصدق عنه
عند عدمها ايصال عوضها وهو الثواب كايصال عينها وان شاء امسكها رجاء الظفر
بصاحبها وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى جارية فذهب البائع فلم يقدر
عليه فتصدق عنه بثمنها **قال** فان جاء ربها يعني اذا جاء
صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها
لان التصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير فلا يتوقف على
قيام المحل بخلاف بيع الفضولي حيث تتوقف الاجازة فيه على قيام المحل لان الملك
فيه لا يثبت الا بعد الاجازة فلا يتصور الا في القائم ولهذا يشترط فيه قيام المتعاقدين
والمالك ايضا عند الاجازة وان شاء ضمن الملتقط لانه تصرف في ماله بغير اذنه
وهو موجب للضمان واذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه التصرف وانما اباح
له ذلك فصار كتناول مال الغير حالة المخمصة ولا فرق في ذلك بين ان يتصدق
بامر القاضي او بغير امره في الصحيح لان امره لا يكون اعلا من فعله والقاضي لو تصدق
بها كان له ان يضمنه فكذا له ان يضمن من امره القاضي وله ان يضمن الفقير لانه اخذ
ماله لنفسه بغير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان ولا الملتقط
يرجع على الفقير لما عرف في موضعه هذا اذا هلكت العين في يد الفقير وان كانت قائمة
اخذها صاحبها ان لم يمض الصدقة لانه وجد عين ماله **قال** ويجوز التقاط
البهيمة اي يجوز التقاطها وقال الشافعي رحمه الله الترك افضل في غير الشاة لما روينا
ولنا انها يخاف عليها ان يصل اليها يد خائنة فكان في اخذها صيانتها فكان افضل او واجبا
على نحو ما بينا في غيرها ولان اطلاق النصوص في هذا الباب يتناولها وما رواه كان
في ديارهم اذ كان لا يخاف عليها من شيء ونحن نقول في مثله بتركها وهذا لان في بعض البلاد
الدواب يسيبها اهلها في المراعي حتى يحتاجوا اليها فيمسكوها وقت حاجتهم ولا فائدة
في التقاطها في مثل هذه الحالة والذي يدلك على ذلك ما رواه مالك في الموطا عن ابن
شهاب قال كانت ضوال الابل في زمن عمر رضي الله عنه ابلا مؤبلة تناتج لا يمسها احد
حتى اذا كان زمن عثمان امر بمعرفتها ثم تباع فاذا جاء صاحبها اعطي ثمنها **قال** وهو

متبرع

متبرع في الانفاق على اللقيط والملتقط لانه لا ولاية له في الايجاب على ذمتهما فصار
كما اذا قضى دين غيره بغير امر المديون **قال** وباذن القاضي يكون دينا اي لو
انفق باذن القاضي يكون دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له
اذ هو نصب ناظرا فصار امره كامر المالك ولا يامره بالانفاق حتى يقيم البينة انها
لقطة عنده في الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها
وهو لا يجب عليه في المغصوب وهذه البينة ليست للقضاء وانما هي ليتكشف الحال
فتقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يامره بالانفاق عليها مقيدا بان
يقول بين جماعة من الثقات ان هذا ادعى ان هذه لقطة ولا ادري اهو صادق
او كاذب وطلب ان امره بالانفاق عليها فاشهدوا اني امرته بالانفاق عليها ان كان الامر
كما يقول وكان الفقيه ابو جعفر رحمه الله يقول ينبغي للحاكم ان يحلفه ونظيره ما لو
باع عبدا فغاب المشتري ولم يجده وطلب من الحاكم ان يبيع ويوفي دينه من ثمنه لا يجيبه
حتى يقيم البينة فان عجز اجابه على نحو ما ذكرنا في اللقطة وقوله فباذن القاضي يكون دينا
يشير الى ان النفقة تصير دينا بمجرد اذنه وليس كذلك في الاصح لان مطلقه قد يكون
للترغيب والمشورة او للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من ان يشترط ويجعله دينا
عليه كما ذكرنا في اللقيط وانما يامره بالانفاق عليها يومين او ثلثة بقدر ما يقع عنده انه
لو كان المالك حاضرا لظهر **قال** ولو كان لها نفع اجرها وانفق عليها اي
من اجرتها لان القاضي نصب ناظرا وامكنه ابقاء العين من غير ان يلزم صاحبها الدين
فتعين طريقا **قال** والا باعها اي ان لم يكن لها نفع وانفق عليها بقدر ما يدري من
المدة ولم يظهر لها مالك باعها لانه لو انفق عليها في هذه الحالة تستغرق النفقة
قيمتها وليس من النظر ان يبقي العين ويوجب عليه اضعاف قيمتها فيتعين الحفظ بالبيع
ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفي كونه امانة في يده
وفي البدائع ان القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على نحو ما بينا في الانفاق والابق في هذا
كاللقطة الا انه لا يؤجر لانه يخاف ان يابق **قال** ومنعها من ربها حتى ياخذ
النفقة اي اذا جاء صاحبها وطلبها منعه اياها حتى يوفي النفقة التي انفق عليها لان
هذا دين وجب بسبب هذا المال لاحيائه فكان له تعلق بهذا المال فاشبه جعل الابق
ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين في يد الملتقط قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقة
وانما ياخذ صفة الرهن عند الحبس كالوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه له ان يرجع
به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل وبعده يسقط لانه صار
في معنى الرهن عند احتباسه بالحبس فيهلك بما حبسه فيه فكذا هذا ولو ان القاضي باعها

بعد ما أنفق عليها الملتقط قدر ما يراه القاضي من المدة أعطاه القاضي من ثمنها لأنه مال
مالكها والنفقة دين على مالكها فلرب الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه فالقاضي
أولى قال ولا يدفعها إلى مدعيها بلا بينة أي لا تدفع اللقطة إلى من ادعى أنها
له من غير إقامة البينة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي ولأن اليد حق مقصود
حتى وجب على الغاصب الضمان بإزالته فلا يزال إلا ببينة ولا يستحق إلا بها كالملك
ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر قال فإن بين علامتها حل له الدفع
بلا جبر أي إذا أعطى المدعي علامتها حل للملتقط الدفع إليه من غير أن يجبر عليه في القضاء
والعلامة مثل أن يسمي عدد الدراهم ووزنها ووكاءها ووعاءها وقال مالك
والشافعي رحمهما الله يجبر على دفعها لما روينا من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه وفيما رواه
مسلم قال صلى الله عليه وسلم فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها
إياه وإلا فهي لك وهذا أمر وهو للوجوب ولأن الظاهر أنه كان في يده لأنه قل من
يعرف ما للشيء في يد غيره فيرد إليه ولا منازع له في الملك فيكون له ولأن صاحب اليد
ينازعه في اليد دون الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولنا أنه مدع
وعلى المدعي البينة لما روينا ولأن اليد مقصود فلا يستحق إلا بحجة على ما قررنا والعلامة
لا تدل على الملك ولا على اليد لأن الإنسان قد يقف على مال غيره ويخفى عليه مال نفسه تقدم
فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الأخبار ولأن الأمر قد يراد به الإباحة
وبه نقول وإن دفعها إليه بذكر العلامة ثم جاء آخر وأقام بينة أنها له فإن كانت
قائمة أخذها منه وإن كانت هالكة يضمن أيهما شاء لتعديهما بالدفع والأخذ ويرجع
الملتقط على الآخذ إن ضمن ولا يرجع الآخذ على أحد وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا
عند الدفع نظرا له لاحتمال أن يجيء غيره ويقيم البينة أنها له فيضمنه ولا يمكنه الرجوع
على من أخذها لخفائه فيستوثق بالكفيل بخلاف التكفيل لوارث غائب أو غريم غائب
عند أبي حنيفة رضي الله عنه والفرق له أن الملتقط يأخذ كفيلا لنفسه وهناك لأجنبي
لا يعرفه ولأن الحق قد ظهر للحاضر من الوارث فلا يجوز تأخير القسمة بين الورثة أو الغرماء
إلى زمان التكفيل فيكون القاضي ظالما به وهنا لم يتعين صاحب الحق بإعطاء العلامة
ولهذا لا يجبر بالدفع إليه فلا يضره التأخير بل المنع بالكلية على ما قررنا وإن صدقه
الملتقط قيل لا يجبر على الدفع كالمودع إذا صدق الوكيل بقبض الوديعة بخلاف ما إذا
صدق المديون الوكيل بقبض الدين حيث يجبر لأنه إقرار على نفسه بوجوب دفع ماله
إليه وقيل يجبر لأن الظاهر له ولم يتعين له مالك غيره بخلاف الوديعة لأن المودع
متعين فلا يبطل حقه في العين بتصادقهما وإن دفعها إليه بتصديقه ثم أقام آخر بينة

أنها

أنها له فإن كانت قائمة أخذها منه لأن إقرار الملتقط لا يكون حجة عليه وإن كانت
هالكة فإن كان دفع إليه بغير قضاء فله أن يضمن أيهما شاء لما ذكرنا فإن ضمن القابض فلا يرجع
به على أحد لأنه عامل لنفسه وإن ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض لأن الملتقط
ملكها بالضمان فتبين أن القابض تعدى على ملكه ولا يمنع إقراره بأنها ملك الأول من الرجوع
عليه لأنه كان زاعما ذلك على العلامة فإذا قضى عليه بالبينة صار مكذبا شرعا فيرجع كالمشتري
إذا أقر بملك البائع ثم استحق المبيع يرجع على البائع بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما إذا صدق
المودع الوكيل بقبض الوديعة فدفعها إليه فأنكر ربها الوكالة حيث يضمن ولا يرجع بها
على القابض لأن الوكيل عامل للموكل وفي زعم المقر أن الموكل ظالم له في تضمينه إياه
بعد ما قبض وكيله منه والمظلوم ليس له أن يظلم غيره وهنا القابض عامل لنفسه وأنه
ضامن إذا ثبت أنه لغيره فافترقا وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا لما ذكرنا وذكر في شرح
المختار أن الملتقط إذا دفع إليه بتصديقه ليس له أن يرجع على القابض فعلى هذا لا فرق بينهما
لما ذكرنا ولا يأخذ منه كفيلا وإن كان دفعها إليه بقضاء ضمن القابض ولا يضمن الملتقط لأنه مجبور
وإن أقام الحاضر بينة أنها له فقضى بالدفع إليه ثم حضر آخر وأقام بينة أنها له لم يضمن
لما ذكرنا وذكر في النهاية في التكفيل في هذه الصورة روايتين والصحيح أنه لا يكفل
وعزاه إلى قاضي خان قال وينتفع بها لو فقيرا وإلا تصدق على أجنبي وأبويه
وزوجته وولده لو فقراء أي يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة إذا كان فقيرا وإن لم يكن
فقيرا لم يجز ويتصدق بها على الفقراء أجنبيا كان أو قريبا له أو زوجة له لأنه مال الغير
فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه لإطلاق النصوص كقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم
للفقير بالباطل الآية وقوله ولا تعتدوا وأمثال ذلك إلا أنه أبيح الانتفاع به بطريق التصدق
لقوله صلى الله عليه وسلم فليتصدق به أو للإجماع فبقي غيره محرم التناول على الأصل
فإذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف بين أن يكون الفقير واجدها أو غيره من أقاربه
أو الأجانب لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج وأباح الشافعي رحمه الله
للواجد وإن كان غنيا لما روينا من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه ولأنه إنما يباح للفقير
حملا على أنه رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه والحجة عليه ما بيناه وليس له حجة
في حديث أبي رضي الله عنه لأنه حكاية حال فيجوز أنه صلى الله عليه وسلم عرف فقره إما
لديون عليه أو لقلة ماله أو يكون إذنا منه صلى الله عليه وسلم بالانتفاع به وذلك جائز
عندنا من الإمام على سبيل القرض ويحتمل أنه صلى الله عليه وسلم عرف أنه كان مال كافر
حربي بل هو الظاهر لأن دار الإسلام لم يكن بها سعة يومئذ ولو كان لمسلم لما خفي عليهم
والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه

فيه ومنع الشافعي رحمه الله عن الانتفاع بلقطة الحرم لاحد بل احرزها ابدا لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تحل لقطتها الا لمعرف ولما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لقطة في بلد مكة
ولنا ما رويناه من النصوص من غير فصل ولان الانتفاع بها وعلى من رفعها نظرا له من حيث
انه يكون مضمونا على من انتفع بها وعلى من دفعها اليه فيكون فيه ابقاؤها له على تقدير
مجيئه والا يحصل له ثواب ولا حجة له فيما روي لانه لبيان انه لا يسقط التعريف فيها باعتبار
انها للغرباء ظاهرا او وهما فيقول ان مالكها قد ذهب فيأخذها من غير تعريف

كتاب الاباق

وهو العبد المتمرد على مولاه قال رحمه الله اخذه احب ان قوي عليه اي يقدر عليه
لان فيه احياء لنفسه ولماله حرمة كالنفس وفيه اعانة مولاه فكان افضل ثم له الخيار ان
شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء دفعه الى الامام فاذا دفعه اليه لا يقبله
منه الا باقامة البينة على نحو ما ذكرنا في اللقطة ثم يحبسه الامام تعزيرا له ولانه لا
يؤمن من الاباق ثانيا ولهذا لا يؤجره ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعلها
دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجيء صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا
في الضال فقيل اخذه افضل احياء له وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه
واذا دفع الى الامام لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة اجره
وانفق عليه من اجرته قال ومن رده من مدة السفر وهو مسيرة ثلاثة ايام
فله اربعون درهما وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول
الشافعي رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فاشبه رد العبد الضال واللقطة ولان رده نهي
عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الاجر باقامته ولنا ما روي عن عمرو بن دينار انه قال لم
نزل نسمع انه صلى الله عليه وسلم قال جعل الابق اربعون درهما والصحابة رضي الله عنهم
اتفقوا على اصل وجوب الجعل وان اختلفوا في مقدارها فانه روي عن ابن مسعود رضي الله
عنه انه اوجب اربعين درهما واوجب عمر دينارا او اثني عشر درهما واوجب علي رضي الله عنه
دينارا او عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر رضي الله عنه انه قال ان رده في المصر فله عشرة
وان رده من خارج المصر استحق اربعين درهما فحمل الكل على السماع لان الرأي لا مدخل
له في التقدير ثم حمل قول من قال اربعين على مسيرة السفر وما دونه على دونها توفيقا
وتلفيقا ولان ايجابه حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس
وايجاب المقدر بالسمع ولا سمع في الضال واللقطة فبقي على الاصل اذ الالحاق
ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة الى صيانة الضال دون الحاجة الى صيانة الابق

لان الابق يختفي والضال يبرز فيظهر وقوله نهي عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة المنقول
فلا يصح قال ولو قيمته اقل منه تقضى له اربعون درهما وان كانت قيمته اقل من
اربعين وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له قيمته الا درهما لان
وجوبه يثبت احياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر في ايجاب اكثر من قيمته ولابي يوسف
رحمه الله ان تقديره ثبت شرعا بلا عوض لقيمته فيمنع النقصان كما تمنع الزيادة الا ترى ان
الصلح باكثر منه لا يجوز بخلاف الصلح على الاقل لانه حط البعض وهو لو حط الكل
كان جائزا فكذا البعض وهذا هو المشهور وروي عن كل منهما مثل قول صاحبه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه ينقص منه قدر ما يقطع به اليد قال وان رده لاقل
منها فبحسابه اي لاقل من مسيرة السفر يجب حسابه لان العوض يتوزع على المعوض
ضرورة المقابلة وذكر في الاصل انه يرضخ له اذا وجده في المصر او خارج المصر
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا شيء له في المصر ثم ان اتفقا في الرضخ فلا كلام وان
اختلفا فالامام يقدره وان رده من اكثر من مسيرة السفر لا يزاد على اربعين درهما
لانه متعلق بمدة السفر فلا يزداد بزيادتها كسائر الاحكام المتعلقة بها وان كان
العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه فلا يأخذه من احد حتى يوفي كله
كالمبيع المحبوس بالثمن وان رد عبدين او اكثر يجب لكل واحد منهما اربعون درهما ولو
رد جارية معها ولد صغير يكون تبعا للام فلا يزاد على الجعل شيء وان كان مراهقا يجب
ثمانون قال وام الولد والمدبر كالقن لانهما مملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن
فحصل به احياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه فلا يوجد
فيه احياء مال المولى وهذا اذا ردهما في حياة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل
له لان ام الولد تعتق بموته فيكون حرة ولا جعل في الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث
لما ذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر عليه دين اذ العتق لا يتجزى عندهما وعنده
مكاتب ولا جعل في المكاتب وان رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل ان كان الراد
اجنبيا وان كان وارثا ننظر فان اخذه بعد موت المولى لا يستحق شيئا لان العمل يقع في محل
مشترك بينه وبين غيره من الورثة وفيه لا يستحق الاجر على ما عرف في موضعه وان
اخذه في حياته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله
هو يقول ان وجوب الجعل يضاف الى التسليم لا الى الاخذ ولهذا لو هلك قبل التسليم
يسقط ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لنفسه فلا يستحق الجعل
ولهما ان الوجوب مضاف الى العمل لان الاجرة تستحق بالعمل وانما التسليم في المبادلة
يؤكد البدل لا في ايجابه الا ان سبب التأكيد اذا فات يسقط البدل بعد الوجوب

لان الوجوب متعلقا به وهنا التسليم فات في حصته اذ لا يكون مسلما او متسلما ولم
يفت في حصة غيره فيتاكد حصتهم عليهم كما لو خاط او صبغ ثوبا لمورثه ثم مات قبل
التسليم لا يسقط الاجر في حصته بخلاف ما لو اخذه والمولى ميت لان العمل وقع
في محل مشترك فلا يستحق الاجر على ما بينا ولو رد عبد ابيه او اخيه وسائر اقربائه
لا يجب له الجعل اذا كان في عيال المولى لجريان العادة بالرد تبرعا وان لم يكن في
عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبد ابيه او احد الزوجين رد عبد الاخر
فانهما لا يجب لهما الجعل مطلقا لان رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة
الاب مستحقة على الابن فلا تقابل باجر وكذا خدمة احد الزوجين الآخر وكذا الوصي صح
اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد ابقا قال وان
ابق من الراد فلا يضمن لانه امانة في يده اذا اشهد وقت الاخذ على ما بينا في اللقطة
ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه ولو اخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه
هو الذي رده على المولى ولو جاء به الى المولى فاعتقه المولى قبل التسليم اليه استحق
الجعل لان الاعتاق منه قبض معنى ولهذا لو اعتق المشتري المبيع قبل القبض وجب
عليه تسليم الثمن لانه قبض له ولو دبره والمسألة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه لان التدبير
ليس بقبض ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة البدل له بخلاف ما اذا وهبه
له قبل التسليم وان هلك في يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له لانه بمنزلة المبيع في
يد البائع حتى كان له حبسه بالجعل كما يحبس البائع بالثمن المبيع ثم اذا هلك المبيع قبل
القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا هذا اذا صدقه المولى في الاباق وان كذبه فالقول
قول المولى لان السبب الموجب للضمان من الاخذ قد ظهر فلا تسمع دعوى ما يبرئه عنه
الا اذا اقام البينة على اقرار المولى بانه ابق قال ويشهد انه اخذه ليرده لان
الاشهاد يدل على انه اخذه ليرده على مولاه وتركه يدل على انه اخذه لنفسه فلا بد له
من الاشهاد حتى لو ترك الاشهاد يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده وهذا عندهما
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط
على ما بينا في اللقطة واجمعوا على انه لا يستحق الجعل الا اذا اخذه ليرده حتى لو اقر
انه اخذه لنفسه او اشتراه او اتهبه لنفسه ثم رده على المولى لا يستحق الجعل قال
وجعل الرهن على المرتهن لانه حيي دينه بالرد لرجوعه به بعد سقوطه فحصل سلامة ماليته
له ولولا ذلك لهلك دينه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لما ذكرنا من المعنى وهو لا
يختلف ثم هذا اذا كان كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين او اقل فان كان بعضه
امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين فبحصة المضمون على المرتهن وبحصة الامانة على الراهن

لان حق المرتهن

لان حق المرتهن في المضمون فصار كثمن الادوية والفدا من الجناية وان كان مديونا فالجعل على المولى
ان اختار قضاء ما عليه من الديون وان ابى بيع العبد واخذ الراد جعله من ثمنه وما بقي يعطي
لاصحاب الديون لانه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك وان كان جانيا فان اختار
المولى الفداء فالجعل عليه لانه طهره عن الجناية باختياره فصار كانه لم يجن واحيى الراد
ماليته بالرد اليه وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولي الجناية لانه بالرد احيى
حقه وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في الهبة بعد الرد لان الملك
للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله بغيره من الاسباب ولان
زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو تركه التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب
بالرد بخلاف العبد الجاني والمديون وجعل عبد الصبي في مال الصبي لانه مؤنة ملكه ولو
رده وصيه لا يستحق الجعل لان تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر به وجعل العبد المغصوب
على الغاصب لانه ضامن لجنايته العبد وهو على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته
لاخر على صاحب الخدمة في الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة او يباع به — العبد فيه
لانه بمنزلة العبد المشترك قال وامر نفقته كاللقطة لانه لقطة حقيقة فيكون
حكمه كحكمه من ان الاخذ اذا انفق عليه من غير اذن القاضي يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع
على المولى عند الاذن وفي حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير انه لا يؤجره وقد ذكرنا من قبل

كتاب المفقود

قال رحمه الله هو غائب لم يدر موضعه وذكر في النهاية انه في اللغة من الاضداد
يقول الرجل فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود
فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وهو في اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر موضعه وحياته وموته
واهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم اثره فبالجد قد يصلون الى المراد
وربما يتاخر اللقاء الى يوم التناد وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين
ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث من احد مات من اقاربه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال — على ما كان
ولا يعتبر الا في ابقاء ما كان ولا يصلح للاستحقاق قال وينصب القاضي من ياخذ حقه
ويحفظ ماله ويقوم عليه لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه وقد عجز
المفقود فصار كالصبي والمجنون وفي نصب ما ذكرنا نظر له فيفعل وقوله من ياخذ حقه
يعني يقبض غلاته والديون التي اقر بها غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم في دين لم يقر
به الغريم ولا في نصيب له في عقار او عرض في يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو
وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب

وانما الخلاف المعروف بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة ام لا فعند ابي حنيفة رضي الله عنه يملك وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه فاذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فان قيل المجتهد فيه نفس القضا فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضا قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف قلنا ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضا وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر ام لا واذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف هكذا ذكرها هنا وهو رابه
مشكل فان الاختلاف في نفس القضا والا لم يتصور الاختلاف في نفس القضا فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف في واقعة فحكم الحاكم باحد القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ احد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم ثم الوكيل الذي نصبه القاضي خاصم فيه من وجب بعقده بلا خلاف لانه اصيل فيه فيرجع حقوقه اليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله لانه تعذر حفظ صورته ومعناه فيتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة **قال**
وينفق منه على قريبه ولادا وزوجته اي ينفق من ماله على فروعه واصوله وهو المراد بقوله ولادا وعلى زوجته لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضا القاضي ولهذا لو ظفروا بماله اخذوه من غير قضاء ويكون القضا اعانة لهم فلا يكون قضا على الغائب بخلاف نفقة غيرهم كالاخوة والاعمام وغيرهم من ذوي الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضا القاضي لما انه مختلف فيه فلو قضى لهم كان قضا على الغائب وهو لا يجوز وقوله من ماله المراد به الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضا بالقيمة وهي النقدان والقضا على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان في يد القاضي وان كان وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان احدهما ظاهرا دون الاخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر في الصحيح وان دفعا اليهم بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يسقط الدين لتعدي المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه او نائبه بخلاف ما اذا دفع الى القاضي بنفسه او الى غيره بامره لان القاضي له ولاية الدفع والاخذ فان كانا جاحدين اصلا او كانا جاحدين النسب من النسب والزوجية لم ينتصب احد من المستحقين خصما فيه لان ما يثبته للغائب وهو المال لم يتعين لحقه لجواز ان يكون له مال

اخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه كالشفيع يدعي على رجل شرا المشفوع من المالك الغائب وكالعبد يدعي على رجل انه اشتراه من مولاه الغائب واعتقه فانه يقضى على الغائب في مثله للضرورة **قال** ولا يفرق بينه وبينها اي لا يفرق بينه وبين امراته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت لان عمر رضي الله عنه فعل كذلك في الذي استهوته الجن ولانه فات حقها فيفرق بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالعنة والايلا فاخذ منها المقدار الاربع من الاربع والسنين من العنة عملا بالشبهين لان حقها فات وهو معذور في الغيبة لانه مباح كما في العنة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وقال علي رضي الله عنه فيها هي امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته او طلاقه فكان بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح حقه وهو حي في ابقاء حقه ولهذا لا يورث ماله للحال فكذا لا يفرق بينه وبينها وقد صح رجوع عمر الى قول علي رضي الله عنهما فلا يلزم حجة والتفريق في الايلا بدفع الظلم ولا ظلم من المفقود فلا يقاس عليه ولانه معجلا فاجله الشارع فكان زائلا بخلاف الغيبة فلا يقاس عليه ولا على العنة لان الغيبة تعقبه الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة فافترقا **قال** وحكم بموته بعد تسعين سنة لان الغالب لا يعيش اكثر من ذلك وهو مروي عن ابي بكر الفضلي وعن ابي بكر محمد بن حامد رحمهما الله وابو يوسف رحمه الله قدره بمائة سنة وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قدره بمائة وعشرين سنة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران في بلده لان الرجوع الى امثاله فيما يتبع الحاجة فيه الى معرفته طريق في الشرع كقيم المتلفات ومهر مثل النسا فاذا لم يبق احد من اقرانه دل ذلك على موته فحكم بموته لان بقاءه بعد اقرانه نادر وبنى الاحكام الشرعية على الغالب لا على النادر والمختار انه يفوض الى راي الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن يختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في ادنى مدة انه مات لا سيما اذا دخل في مهلكة وما كان سبب اختلاف الناس في مدته الا الاختلاف في ارائهم فيه فلا معنى لتقديره **قال** وتعتد امراته ويورث منه حينئذ لا قبله اي حين حكم بموته لا قبل ذلك حتى لا يرثه الا ورثته الموجودون في ذلك الوقت لان من مات قبل ذلك من ورثته كانه مات فيه عيانا لان الحكمي معتبر بالحقيقي **قال** ولا يرث من احد مات اي لا يرث المفقود من احد مات من اقاربه حال فقده قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير وانما يدفع به استحقاق ماله

كان طلاقا م

يغلب م

غيره فيكون كانه حي في ماله ميت في حق مال غيره هذا اذا لم يعلم حياته الى ان يحكم بموته وان علم حياته في وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من اقاربه كما في الحمل لاحتمال ان يكون حيا فيرث فان تبين حياته في وقت مات فيه قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى ورثة مورثه الذي وقف من ماله وكذا اذا اوصى له يوقف الموصى به الى ان يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به الى ورثة الموصى **قال** ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئا وان انتقص حقه به اي بالمفقود يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل لان حاله متردد فيعمل بالاحوط فالاحوط كالحمل ثم الاصل في تصحيح مسائل المفقود وهو ان ينظر في المسئلة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثم ينظر بين التصحيحين فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق احدهما في الاخر والا اضرب الجميع في الجميع ثم من كان يسقط من الورثة على تقدير حياته او مماته تسقطه ومن كان ينتقص في احد الحالين ولا يسقط يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي ومن لا يتغير نصيبه في الحالين يعطى نصيبه كاملا مثاله ترك امراة زوجا واما واختا لابوين واخا كذلك مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن وكذا للاخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقي من نصيبه ولو ترك بنتين وابنا وبنت ابن وابن ابن مفقود فللبنتين الثلثان على كل حال ولبنت الابن التسع على تقدير حياته ولا شيء لها على تقدير مماته وللاخ الثلث على تقدير مماته ولا شيء له على تقدير حياته فيعطى البنتان الثلثين ولا يعطى الاخ ولا بنت الابن شيئا كما في الحمل على ما عرف في موضعه

كتاب الشركة

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الاخر ومنه الشركة بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له اعلم ان الشركة على ضربين شركة ملك وشركة عقد على ما يجيء انشاء الله تعالى **قال** رحمه الله شركة الملك ان يملك اثنان عينا ارثا او شراء او كذا استيلاء او اتهابا او وصية او اختلاط مال بغير صنع او بصنعهما بحيث لا يتميز او يعسر كالجنس بالجنس او المايع بالمايع او خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعا في زمنه صلى الله عليه وسلم كالشركة في المواريث والغنايم ونحوها **قال** وكل اجنبي في قسط صاحبه اي كل واحد منهما اجنبي في نصيب صاحبه حتى لا

يجوز له ان يتصرف فيه الا باذنه كمال غيره من الاجانب وان باع نصيبه من شريكه جاز كيف ما كان لوجود ملكه التام كذا اذا باعه من غيره لما ذكرنا الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز ان يبيعه من اجنبي الا باذن شريكه لان خلط الشيء بما لا يتميز استهلاك وهو سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط لو كان على سبيل التعدي فاذا حصل من غير تعد فقد انعقد سبب الزوال من وجه فاورث شبهة زوال نصيب كل واحد منهما الى شريكه في حق البيع من الاجنبي فلا يجوز بيع نصيبه الا برضا شريكه واما فيما عداه فملك كل واحد منهما تام من كل وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف ولان ملك كل واحد منهما في هذه الصورة على حياله لان كل حبة مشار اليها ليست بمشتركة وانما هي ملك احدهما بعينه الا انه لا يمكن التمييز بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الجواز بخلاف غير هذه الصورة من انواع الشركة لان ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من اجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز **قال** وشركة العقد ان يقول احدهما شاركتك في كذا ويقبل الاخر لانه عقد من العقود فلا بد من الايجاب والقبول وهو ركنه وهو الايجاب والقبول بان يقول شاركتك في بز او نحوه او في عموم التجارات وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة مما يقبل الوكالة ليقع ما يحصله كل واحد منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بطريق الاصالة ولشريكه بطريق الوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه فيكون ما يكسبه له خاصة دون صاحبه ثم شركة العقود على ثلثة اوجه شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة الوجوه وكل قسم ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام وعقد الشركة جائز لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون فقررهم عليه وروي ان السائب قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري رواه ابو داود وغيره من الثقات وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما رواه ابو داود وروى البخاري واحمد ان زيد بن ارقم والبراء بن عازب رضي الله عنهما كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ما كان بنقد فاجيزوه وما كان نسيئة فردوه فعلم بذلك ان شركة العقد مشروعة **قال** وهي مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا اي شركة العقد تكون مفاوضة بهذه الشروط المذكورة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة وهي مشتقة من قول الشاعر لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا ٥

والمساواة تكون بما ذكره على ما نبين وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض لان كل واحد
منهما يفوض امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ولهذا كانت عامة في عامة جميع التجارات
لتحقق المساواة ولا تصح الا بلفظ المفاوضة او بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة
لان اكثر الناس لا يعرفون شرايطها فيشترط النص عليها او على مقتضاها لتكون معلومة
ظاهرة وانما شرطت الوكالة فيها لتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى لانه لا بد
ان يدخله في ملك صاحبه الا بالوكالة منه اذ لا ولاية له عليه ولا يقال الوكالة بالمجهول
لا تجوز فوجب ان لا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشرا
ثوب ونحوه لانا نقول التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة
مع الجهالة لانها توكيل بشرا شي مجهول في ضمن عقد المضاربة فلذا هذا واقرب منه
شركة العنان فانها جايزة بالاجماع وان تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في الوكالة اذ لا بد
من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا او نقول الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية الى
المنازعة لا لذاتها وهنا لا تفضي الى المنازعة فيجوز قوله ان تضمنت الوكالة ليس فيه فايدة
تمتاز بها عن غيرها من انواع الشركة لان كل عقد شركة تتضمنها ولا تصح الا بها فلا اختص المفاوضة
وشرطت الكفالة في هذا النوع من الشركة ليثبت المساواة بينهما فيطالب كل واحد منهما فيما
باشره احدهما ولا يقال ان الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت
هنا مع جهالته لانا نقول ذاك في التكفيل مقصودا واما اذا دخل في ضمن شي اخر
فلا يشترط على ما ذكرنا في اشتراط الوكالة مع الجهالة او نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله
يترك القياس كما في الاستصناع واشترط التساوي في المال لان لفظه ينبي عن التساوي
والمراد به التساوي في مال تصح فيه الشركة كالنقود ولا يضرها التفاضل في العروض
وانما يشترط ان يتساويا في التصرف لان المساواة شرط فيها وهي تفوت عند فوات المساواة
في التصرف كالحر والعبد والبالغ والصغير لان الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لا يملكانه
الا باذن المولى والولي ولانهما لا يملكان التكفيل لكونه تبرعا ابتدا وهو شرط فيها واشترط
ان يتساويا في الدين لان الاختلاف فيه يودي الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا
اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه شريكه
لكونه وكيلا له في البيع والشرا وكذا المسلم لا يقدر على شرايها كما يقدر الكافر عليه
ففات الشرط وهذا عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز بينهما لان كلا منهما يملك
التصرف ويستويان في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما الا انه
يكره لان الكافر لا يهتدي الى الجائز من العقود ونظيره انه يجوز بين الشافعي والحنفي
مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرايه وجوابه ما بيناه والفرق لهما ان الحنفي [illegible]

لا يعتقد

١٢٧

لا يعتقد خللا في التجارة وضمانها لان الشافعي في زعمه ان شرا متروك التسمية جايز لهما وفي
زعم الحنفي غير جايز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما وكذا المحاجة بانه
يمكنهما فيلزمه فيرجع اليه بخلاف المسلم والذمي ويجوز بين الكافرين لاستوايهما في ملك
التصرف والكفالة ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها
وهو ملك التصرف والكفالة فيهما او في احدهما ثم كل موضع لا تصح المفاوضة لفقد شرطها
وهو ليس بشرط في العنان كان عنانا لاجتماع شرايطه اذ هو اخص فاذا بطل الاعم تعين له
قال رحمه الله فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر لما ذكرنا **قال** وما
يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام اهله وكسوتهم اي ما يشتريه كل واحد منهما يكون للشركة
الا ما استثناه لان مقتضى عقد المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه
في التصرف فكان شراؤه كشرايه والقياس ان يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة
مشتركا بينهما لانهما من عقود التجارة فكان من جنس ما تناوله عقد الشركة الا انا
استثنيناه للضرورة اذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد
ان يكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لا يتمكن من تحصيله الا بالشرا فكان مستثنا
لهذا القدر من تصرفه من مقتضى العقد دلالة او عادة وهو كالمنطوق وكذا الاستيجار للسكنى
او للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الادام والجارية التي يطاها لما ذكرنا **قال**
وكل دين لزم احدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الاخر لانه كفيله والمراد بالكفالة اذا
كانت بامر المكفول عنه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يلزمه لانه تبرع
ولهذا لا يصح من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ويعتبر من الثلث في المرض وله انها معاوضة
انتهاء بخلاف ما اذا كانت بغير امره والكفالة بالنفس وفي الغصب خلاف ابي يوسف رحمه الله
ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره هو يقول انه ليس بتجارة فصار كارش الجناية وهما
يقولان انه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به من الماذون والمكاتب وهذا لان شرط لزومه
غير العاقد ان يكون بدلا عن شي يصح فيه الاشتراك وان لم يقع مشتركا حتى يجب بدل النفقة
على غير العاقد لان النفقة يصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لانه معاوضة عندنا على ما
مر في العتاق وكذا اذا استاجر احدهما يلزم الاخر صاحبه لما ذكرنا ولان المساواة به
تتحقق ولا يلزمه ارش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب
لان هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم الا المباشر لان كل واحد منهما لم يلتزم
عن صاحبه بالعقد الا ديون التجارة وهذه الاشيا ليست من باب التجارة فلم تدخل تحت
العقد ثم ان ادى العاقد من الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما رجع عليه الاخر بحصته وان
ادى غير العاقد من ماله خاصة رجع عليه بالكل وان ادى من مال مشترك بينهما رجع بحسابه لانه

تقضي دينه بمال صاحبه او تقضي عنه صاحبه بامره **قال** وبطل ان وهب لاحدهما او
ورث ما يصح فيه الشركة اي بطلت المفاوضة اذا ورث احدهما او وهب له ما يصح فيه
الشركة ووصل الى يده وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ المساواة
فيها شرط ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ لا يشاركه الآخر فيه لانعدام السبب في حقه ويقلب عنانا
للامكان اذ لا يشترط فيه المساواة **قال** لا العرض اي لو ملك احدهما عرضا
لا تبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا بقاء وهذا لان المفاوضة لا تبطل
بتفاوتهما في المال الا في مال يصح عقد الشركة فيه ابتداء كالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة وما لا فلا ولو ورث احدهما دينا وهو دراهم او دنانير لا تبطل حتى يقبض لان
الدين لا يصح الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتداء المفاوضة
فيمنع البقاء لان للبقاء فيما ليس بلازم من العقود حكم الابتداء والمفاوضة منها **قال**
ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله تصح
في العروض اذا اتحد الجنس لاشتراكهما في راس مال معلوم كالنقود بخلاف المضاربة لانها
جوزت مع المنافي وهو ربح ما لا يضمن فاقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم
يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة
في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك بخلاف النقدين لان ما يشتري به احدهما يدخل في ملكه
وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحصته اذ لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف
في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه وربحه
لا يجوز بخلاف الشراء لانه يلتزم ان يكون وكيلا في بيع المال على ان يكون له بعض ربحه والوكيل
بالبيع امين فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن والفلوس اذا كانت تروج فهي اثمان
فاخذت حكم النقدين وقيل هذا عند محمد رحمه الله لانها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لا
تصح الشركة فيها ولا المضاربة لان رواجها عارض باصطلاح الناس وكان على شرف الزوال
فيصير عرضا فلا تصلح راس المال في الشركة والمضاربة لانه لا يمكن دفع راس المال بالعدد
بعد الكساد ولا بالقيمة لانه لا يعرف الا بالحزر فيؤدي الى النزاع وقيل ابو يوسف مع محمد
رحمهما الله والاشبه ان يكون مع ابي حنيفة رضي الله عنه لما عرف من اصلهما ان الفلوس تتعين
بالقصد عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين باعيانهما عندهما خلافا
له والاصح انه يجوز في الفلوس عندهما لانها اثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح
على ضده واما التبر وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فثمن باصل الخلقة والاول
هو ظاهر المذهب ووجهه ان الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لا يصرف الى
شيء اخر غالبا والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا فحكمه حكم العروض

في حكم التعيين وعدم جواز الشركة والمضاربة به واما المكيل والموزون والعددي
المتقارب فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فهو كذلك عند ابي يوسف
رحمه الله ويكون المخلوط بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه شركة
عقد وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح فعند محمد رحمه الله يستحق
وعند ابي يوسف رحمه الله يكون بينهما على قدر مالهما ويبطل شرط التفاوت وجه قول
محمد رحمه الله ان المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشراء به دينا في الذمة عرض من
وجه حتى يتعين بالتعيين فبالنظر الى انه عرض لم يصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى انه ثمن
يجوز بعده رعاية للشبهين وتوفيرا للحظين عليهما بخلاف العروض ووجه ظاهر الرواية ان
ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف فيه الحكم بين الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود
في الحالين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بجنسه ويرد على محمد رحمه الله بينهما فانه
اذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله واذا خلط بخلاف
جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وعن ابي يوسف رحمه الله يقول لا تابد
لكونه من ذوات الامثال كما قبل الخلط **قال** رحمه الله ولو باع كل نصف عرضه
بنصف عرض الآخر وعقدا الشركة صح اي لو باع كل واحد منهما نصف ما له من العروض
بنصف مال الآخر وعقدا عقد الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة عقد
وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل منهما ان يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد
بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة
لمن اراد الشركة في العروض لانه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه
بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يتبايعا على ما
بينا وحمل بعضهم ما ذكرنا من بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما
على السواء واما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة كما
اذا كانت قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس
عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المال كله بينهما اخماسا وهذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز
ان يبيع كل واحد منهما نصف ما له بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما
نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بارباع
احدهما ربع ماله بثلاثة ارباع الآخر حتى يكون المال كله بينهما ارباعا فعلم بذلك ان قوله
باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقا او قصد ليكون شاملا للمفاوضة والعنان
لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا
لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العروض الذي باعه جاز ايضا **قال**

وعنان ان تضمنت وكالة فقط اي هي عنان ان تضمنت الوكالة وحدها ولم تتضمن الكفالة وهو
ان يشترك الرجلان في نوع بز او طعام او في عموم التجارة ولم يذكرا الكفالة والعنان
ماخوذ من قولهم عن له كذا اي عرض له • قال امرؤ القيس •
• فعن لنا سرب كان نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيل •
اي عرض او من قولهم عن له بمعنى ظهر له فكانه ظهر له ان يشاركه في البعض من ماله لان العنان
لا يثبت على العموم من كل وجه او من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان
باحدى يديه ويعمل بالاخرى فكذا كل واحد من الشريكين جعل عنان التصرف في بعض المال
الى صاحبه وما لك والشافعي رحمة الله عليهما لم يعرفا هذا الاسم على هذه الشركة وقالا
هذه كلمة تطرق بها اهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة العامة والخاصة من غير
ان يكون مستعملا في كلام العرب وهذا خطا فانه مستعمل في كلام العرب قال النابغة
• وشاركنا قريشا في تقاها وفي احسابها شرك العنان •
وانما تضمنت الوكالة ليتحقق مقصوده وهو الشركة فيما يشتريه كل واحد منهما ولا حاجة
الى تضمنه الكفالة لان اللفظ لا ينبئ عن المساواة بخلاف المفاوضة قال وتصح
مع التساوي في المال دون الربح وعكسه وهو ان يتساويا في الربح دون المال ومعناه
ان يشترطا الاكثر للعامل منهما او لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد او لاقلهما عملا فلا يجوز
وقال زفر رحمه الله يستحقان الربح على قدر مالهما ولا يجوز ان يشترطا خلاف ذلك لانه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر راس المال ولهذا لا يجوز اشتراط الوضيعة
على خلاف راس المال فكذا الربح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة
على قدر المالين ولان الربح يستحق تارة بالمال وبالعمل والضمان وقد وجد
العمل هنا فوجب ان يستحق المشروط به كالمضارب فانه يستحقه بالعمل والاسناد الذي
يتعلق بالاعمال بالضمان وغيرهما بالمال ولان الحاجة مست الى التفاضل لان احدهما
قد يكون اهدى واحذق في التجارة ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه كيلا يتعطل
مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح لانه يخرج به عن الشركة والمضاربة الى القرض او البضاعة
وبخلاف الوضيعة لانه امين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة تنافيه كالوديعة
وغيره ولا ينافي استحقاق الزيادة من الربح بعمله بشرط ان يكون عمله مثل عمل شريكه
او اكثر لما ذكرنا ولانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل بمال غيره ويشبه الشركة من
حيث الاسم ووجود المال والعمل منهما فقلنا جاز اشتراط الزيادة اعتبارا بالمضاربة
ولا يبطل باشتراط العمل عليهما بالشركة تحقيقه ان كلا منهما يعمل في مال صاحبه وفي مال
نفسه وعمله في مال صاحبه باجرة فيستحق المسمى فيه كالمضاربة قال ويبعض المال

اشتراطهم

اعتبارهم

اي يجوز ببعض

اي يجوز ببعض المال دون بعض لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب
القول بجوازه قال وبخلاف الجنس اي يجوز بخلاف الجنس ايضا بان كان من جهة
احدهما دراهم ومن جهة الاخر دنانير وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان الربح
فرع المال ولا يتصور الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة في الاصل ولا يتصور ذلك بلا
خلط والجنسان لا يختلطان فيكون نصيب كل واحد منهما متميزا عن نصيب الاخر ولا اشتراك
مع الامتياز ولفظ الشركة يدل على الاختلاط على ما بينا قال ولنا ان الشركة عقد
توكيل من الطرفين ليشتري كل واحد منهما بما في ذمته على ان يكون المشترى بينهما وهذا لا
يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال ولهذا سمي العقد شركة وهذه الشركة
مستندة الى العقد حتى جازت شركة الوجوه والتقبل لا الى المال لان ذلك لا اختصاص
لها بالعقد فاذا كانت مستندة الى العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة والاتحاد وقيل
هذه المسئلة مبنية على ان الدراهم والدنانير تتعينان عندهم كالعروض وعندنا لا
قال وعدم خلط اي يجوز هذه الشركة مع عدم الخلط بين المالين على ما بينا انفا
والخلاف فيه قال وطولب المشتري بالثمن فقط اي طولب المشتري وحده بالثمن
هنا ولا يطالب الاخر فيما اشتراه للشركة لان العنان يتضمن الوكالة دون الكفالة والمباشر
هو الاصل في الحقوق فيرجع به عليه بخلاف المفاوضة قال ورجع على شريكه بحصته
منه اي من الثمن لانه وكيل له وادى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه وان نقد من مال
مشترك لم يرجع عليه وان اختلفا بان ادعى انه اشترى عبدا للشركة وهلك فعليه البينة
لانه يدعي عليه حق الرجوع وهو منكر فالقول قوله قال وبطل بهلاك المالين او احدهما
قبل الشراء لان الشركة عقد بلا زم فيكون لبقائه حكم الابتداء ولان النقود تتعين فيها
كما في الهبة والوصية فكانت معقودا عليها فتبطل بالهلاك كما في هلاك المبيع قبل القبض
فاذا هلك هالك من مال صاحبه لانه باق على ملكه بعد العقد فلا يجب عليه ضمانه
ان هلك في يده وان هلك في يد صاحبه فهو امين فلا يضمن وان هلك بعضه بعد الخلط
بقي الباقي على الشركة وان هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا ان النقود تتعين فيها بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة حيث لا تبطلان بهلاك النقود التي ورد عليها العقد قبل القبض
وان هلكت بعد القبض قبل الشراء تبطل المضاربة والوكالة لانها تتعين بالقبض لا بالعقد
قال وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر فالمشترى بينهما على ما شرطا
لان الشركة كانت قائمة وقت الشراء فوقع الملك مشتركا بينهما فلا يتغير بهلاك مال
الاخر ثم الشركة شركة ملك عند الحسن بن زياد رحمه الله فلا يجوز لكل واحد منهما ان
يتصرف الا في نصيبه لان شركة العقد بطلت بهلاك احد المالين وعند محمد رحمه الله

جائز ويبين

شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه لانه حصل ووقع مشتركا بينهما شركة
عقد فلا يبطل بالهلاك بعد تقرره كما لو اشتريا بمالهما ثم هلك المالان قبل النقد
قال ويرجع على شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه وكيل في حصة شريكه وقد
نقد الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه هذا اذا هلك احد المالين
بعد شرا احدهما فلو هلك قبل الشرا ثم اشترى الاخر بماله نظر فان كانا صرحا بالوكالة
في عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لان عقد الشركة ان بطلت بالهلاك
فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشتري مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع بحصته عليه ح
من الثمن لما ذكرنا وان ذكرا مجرد الشركة ولم يذكرا في عقد الشركة الوكالة فالمشتري يكون
للمشتري خاصة لان دخوله في ملكه بحكم الوكالة التي هي في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة
فبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بها لانها صارت مقصودة واطلق في بعض النسخ انه
يكون مشتركا بينهما وفي بعضها اطلق انه لا يكون مشتركا فالاول محمول على ما اذا نصا على الوكالة
والثاني على ما اذا لم ينصا عليها قال وتفسد ان شرط لاحدهما دراهم مسماة
من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله لا يخرج الا القدر المسمى
لاحدهما من الربح ونظيره المزارعة عند من يجيزها قال ولكل من شريكي العنان
والمفاوضة ان يبضع لانه معتاد بين التجار ولان له ان يستاجر من يتجر فيه فبغير الاجر اولى
لانه دونه لعدم المؤنة فيه قال ويستاجر اي ليتجر فيه او ليحفظ المال لانه معتاد
بين التجار ولانه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد بدا منه قال ويودع
لانه اقامة الحافظ في المال فاذا كان له ان يستحفظ باجر فبغير اجر اولى قال ويضارب
لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وما لم يربح اجيرا والشركة فيه
ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الاجير من الربح مشاعا فله ان يفعل هذه الاشياء كلها
على انفراد فكذا على اجتماع ولانها استيجار ببعض الخارج من العمل فاذا كان له ان يستاجر بشي
في الذمة فلان يجوز هذا اولى وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه ليس له ذلك لانه نوع شركة
والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة فيه غير مقصودة وانما المقصود فيه تحصيل
الربح فصار كما اذا استاجر ليتجر فيه بل اولى على ما بينا بخلاف الشركة لان الشي لا يتضمن
مثله والمضاربة دون الشركة فتتضمنها والدليل على انها دونها ان المضارب ليس عليه شي من
الوضيعة وانه اذا فسدت لا يستحق شيا من الربح ولا يلزم على هذا المكاتب والماذون
له في التجارة حيث يجوز للمكاتب ان يكاتب وللماذون له ان ياذن وان كانا مثلهما لانا نقول
اذن المطلوب بهما الاكتساب وهذا من بابه الا ترى انه يجوز لهما البيع وهذا دونه لانه لا يخرج
الاذن من ملكه اصلا وفي الكتابة حتى يصير الثمن وهو بدل الكتابة ولان المنع عن استتباع

المثل

المثل في حق الغير واما في حق نفسه فلا يمنع والمكاتب او الماذون له متصرف لنفسه بعد
فك الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف الوكيل والمضارب والشريك قال ويوكل لانه متعارف
بينهم وهو دون الشركة ولانه لما كان له ان يستاجر من يحفظ المال ومن يتجر فيه فاولى
ان يوكل لانه دون الاستيجار قال ويده في المال امانة لانه قبضه باذن
صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة والعارية قال وتقبل
ان اشترك خياطان او خياط وصباغ على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما اي العمل ح
شركة تقبل على حذف المضاف وتسمى شركة الصنائع وشركة الاعمال وهذه الشركة
جائزة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو احدى الروايتين عن زفر رحمه الله
ان الربح لان الشركة تنبني على الشركة في راس المال على اصلهما ولا مال لهما فكيف يتصور الثمر
بدون الاصل ولنا ان المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز
الا يرى انه لو وكله بتقبل الاعمال لم يمتنع ان يكون للعاقد فيه شركة يجوز فكذا اذا
كان له فيه شركة كالشرا وهذا لان الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما يستحقه بالمال
كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط على ما ذكرنا فكذا وجب ان
يستحقاه بالعمل فقط ويكون هذا عقد اجارة ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل
يجوز مطلقا كالمضاربة ولا يشترط فيه اتحاد جنس العمل واليه اشار في الكتاب
بقوله او خياط وصباغ وكذا لا يشترط فيه اتحاد المكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله
فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو امكان التحصيل بالتوكيل لا يختلف باختلافهما قال
وكل عمل يتقبله احدهما يلزمهما لانه يتقبله لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة فيجب
عليهما فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب بالاجر ويبرا ان يعمل احدهما ويبرا المستعمل
بدفع الاجرة الى احدهما وهذا ظاهر في المفاوضة وفي العنان استحسان والقياس ان لا يلزم
والا يطالب غير المتقبل لانه مقتضى الكفالة والكفالة تثبت بمقتضى المفاوضة وجه
الاستحسان ان العمل هنا كالثمن في الشركة في المال فكما يرجع على شريكه هناك بالثمن
فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا قبل العمل لانه لو اخر الى ما بعده لسقط
حقه في الرجوع اذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى
في هذه الشركة حكم العنان والمفاوضة في الضمان وهذا لان الربح يستحق اما بالمال
او بالعمل او بالضمان ولا مال لهما فتعين العمل ولا وجه لضمان العمل الا على هذا الوجه قال
والكسب بينهما يعني اذا عمل احدهما دون الاخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا
اما استحقاق العامل فظاهر واما الاخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا له
فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز والقياس

الا يجوز لان الخراج بالضمان فالزيادة على ما ضمن من العمل ربح ما لم يضمن فوجب ان لا
يجوز كشركة الوجوه وجه الاستحسان ان العمل لا يتقوم الا بالعقد او شبه العقد
فللانسان ان يقوم عمله بما شا فاذا قوما عمل احدهما بشي وعمل الاخر بما نقص منه او
ازيد لا يمتنع كمن العين ويكون ما ياخذ من الاجرة بدل عمله ابتدا لا ربحا لان الربح يكون
عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه لان ما يلزم
كل واحد منهما من الثمن متقوم وكذا المشترى متقوم فيستحقان من الربح بقدر ما ضمنا
قال ووجوه ان اشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا اي هي شركة
وجوه يعني شركة العقد شركة وجوه وتفسيره ما بينه سمي به لانه لا يشتري بالنسيئة
الا من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل لانهما اذا
جلسا لتدبير امرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة
عنانا ومفاوضة كشركة التقبل واذا نصا على المفاوضة وذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة منه
واجتمعت فيها شرائطها صارت مفاوضة فيها والا فعنان وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز هذا النوع من الشركة لان خلط المال شرط عنده فلا يجوز بغير مال وعندنا يجوز
لان المقصود من الشركة التحصيل بالوكالة وقد امكن لان الشرا والبيع مما يقبل الوكالة
على ما بينا في شركة التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه لانه لا ولاية له على
صاحبه الا به قال وتتضمن الوكالة لانه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية
له عليه ولهذا تضمنها جميع انواع شركة العقود وتتضمن الكفالة ايضا مع ذلك اذا كانت
مفاوضة لما بينا في اول الكتاب قال وان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته
فالربح كذلك وبطل شرط الفضل لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال
كرب المال او بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ باقل مما
اخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك
على ان لي بعض ربحه لا يستحق شيئا لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان
والضمان بقدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز وفي
المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها اذ لا يعمل في مال معين
وتعين المال هو المجوز للمضاربة الا ترى انه لما كان معنا في شركة الوجوه جاز ايضا غير مو
اشتراط التفاضل بشرط على ما بينا من قبل

فصل في الشركة الفاسدة

قال رحمه الله ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء وكذا في اخذ كل مباح كالاحتشاش بلغ

واجتنا الثمار

واجتناء الثمار من الجبال لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يتحقق
هذا المعنى هنا لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن اخذه فلا
يمكن ايقاع الحكم فيه لغيره قال والكسب للعامل لما ذكرنا قال وعليه اجر
ما للاخر لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه اجر مثله حتى لو اشتركا ولاحدهما
بغل وللاخر راوية ليستقيا عليهما الما فاستقيا فهو له ويجب عليه اجر مثل الاخر بالغا
ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجاوز به المسمى واصله ان الاجارة
اذا فسدت تجب اجر المثل ثم ان كان المسمى معلوما لا يزاد اجر المثل على المسمى وان كان مجهولا
كما اذا جعل الاجر دابة او ثوبا او استاجر دارا او حماما على ان العمارة على المستاجر يجب
بالغا ما بلغ اذ لا يمكن تحديده بشي ولم يتم رضاه بشي وان كان معلوما من وجه دون وجه
كالجزء الشايع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد رحمه الله يجب بالغا ما بلغ لان
النصف مجهول لانه يكثر بكثرة ما يحصل ويقل عند قلته فلا يتم رضاه الا بشي مقدر وعندهما
لا يزاد على المسمى لانه معلوم من كل ما يحصل بعمله فيتم رضاه به واكثر ما يقع هذا في المضاربة
والمزارعة ومحمد رحمه الله مال الى كونه مجهولا وهما الى كونه معلوما فاذا كان المباح
فيما نحن فيه لمن اخذه يجب عليه للاخر اجر المثل على ما ذكرنا وان كانا اخذاه معا يكون
مشتركا بينهما ثم ان علم ما اخذه كل واحد منهما بالكيل او الوزن في المكيل والموزون مثل
الثمرة ونحوها او بالقيمة في القيمي فلا كلام فيه وان لم يعلم فدعوى كل منهما يصدق الى
زاده النصف ولا يصدق فيما على ذلك لانهما استويا في الكسب وفي كونه في ايديهما فكان في يد كل
واحد منهما النصف ظاهرا فلا يصدق فيما زاد عليه الا ببينة قال والربح في الشركة
الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل لان الاصل ان الربح تبع للمال كالريع وانما عدل
عنه عند صحة التسمية ولم تصح فبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه
تقرير الفساد وهو واجب الرفع قال وتبطل الشركة بموت احدهما ولو حكما اي ولو
كان الموت حكما بان ارتد احدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان الشركة من العقود الجا
فيكون لدوامها حكم الابتدا ايضا وهذا لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها ليتحقق المقصود وهو الشركة
في المشترى على ما مر والوكالة تبطل بالموت واللحاق على ما عرف في موضعه ولا فرق بين ان يعلم
موت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد
لعدم الفائدة فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا بخلاف ما اذا فسخ احدهما الشركة في حال يكون له
الفسخ فيها بان كان المال دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الاخر لكونه عزلا قصديا
قال ولم يزك مال الاخر اي لا يزكي كل واحد منهما نصيب صاحبه لانه لم يؤذن
له فيها لان الاذن بينهما وقع في التجارة والزكاة ليست منها قال فان اذن كل اي اذن

كل واحد منهما لصاحبه بأداء الزكاة عنه وأدى متعاقبًا ضمنا ولو متعاقبًا ضمن الثاني أي لو أدى متعاقبًا ضمن الثاني علم بأداء صاحبه أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمن إن لم يعلم وإلا فلا كذا أشار في كتاب الزكاة وفي الزيادات لا يضمن علم بأداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل بأداء الزكاة أو الكفارات إذا أدى الآمر بنفسه مع المأمور أو قبله أو أعتق لهما أنه مأمور بالأداء وقد أتى به وليس في وسعه إيقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الآمر فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبحه بعد ما زال الإحصار وحج الآمر وله أنه أتى بغير المأمور به لأن المأمور به إسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض إذ لا يلزم الضرر إلا لدفع الضرر عن نفسه فصار مخالفًا فيضمن علم أو لم يعلم إذ هو ضمان معزول بأداء الآمر وهو حكمي فلا يشترط فيه علمه بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بعد علم بعد قضاء الآمر لأنه لم يخالف لأن المأمور به جعل المقبوض مضمونًا على القابض وقد وجد لأن الديون تقضى بأمثالها فأمكنه الرجوع على القابض إذا هلك وبخلاف دم الإحصار لأنه ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول فيتحلل وقد أتى به على الوجه المأمور به كيف ما كان فلا يضمن وقيل هو على الخلاف أيضًا فلا يرد إشكالًا

قال وإن أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأها ففعل فهي له بلا شيء وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأن الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن مقابله الملك فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة وله أن الجارية تدخل في ملكهما جريًا على مقتضى الشركة إذ لا يملكان بغيره ثم الإذن يتضمن هبة نصيبه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك فصار كما إذا اشتراها ثم وهب أحدهما للآخر نصيبه لأنها كانت هبة وكما إذا وكل بشراء عبد وأذن له في الزكاة فأدى عنه كان تمليكًا منه في ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الأهل وكسوتهم لأن ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديًا عليه من مال الشركة ولا ضرورة في مسألتنا فلا يستثنى فيدخل في ملكهما فيكون قاضيًا دينًا عليهما وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء على التقديرين أي بيننا في الطعام والكسوة

كتاب الوقف

الوقف في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفًا ووقف بنفسه وقوفًا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف عقاره على كذا أي حبسه عليه وسمي به المفعول مبالغة كقولهم نسج اليمن وضرب الأمير للمنسوج والمضروب **قال** رحمه الله هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وهذا في الشرع وهو عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى **قال** والملك يزول بالقضاء لا إلى مالك أي بقضاء القاضي لأنه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يزول من غير قضاء وأصل الخلاف أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلًا وهو المذكور في الأصل وقيل يجوز عنده إلا أنه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه أي وقت شاء ويورث عنه إذا مات وهو الأصح وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف عنه غير أنه عند أبي يوسف رحمه الله يزول بمجرد القول وعند محمد رحمه الله لا يزول حتى يجعل للوقف وليًا ويسلمه إليه لهما ما روي عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه أصاب أرضًا من أرض خيبر فقال يا رسول الله أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه فما تأمرني فقال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر رضي الله عنه على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء والقربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول رواه البخاري وأحمد ومسلم وغيرهم وقال صلى الله عليه وسلم إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم ولأن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم ومن بعدهم إلى يومنا هذا وقفوا ملوكًا فكان إجماعًا ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع هذه الحاجة بإسقاط الملك وجعله لله تعالى كما في المسجد ويخرج عن ملكه كما يخرج المسجد فإذا ثبت هذا فقال أبو يوسف رحمه الله يزول عن ملكه بمجرد القول لأنه إسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق وقال محمد رحمه الله لا يزول حتى يسلمه إلى المتولي لأنه صدقة فيكون التسليم من شرطه كالصدقة المنفذة ولأن التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدًا لأنه مالك للأشياء ولكنه يثبت في ضمن التسليم إلى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة ولأبي حنيفة رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله وقال شريح جاء محمد ببيع الحبس ولأن الملك فيه باق لأن غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور إلا إذا بقي الأصل على ملكه ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه فيما رواه النسائي وابن ماجه احبس أصلها وسبل ثمرتها أي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها وإلا لكان مسبلًا جميعًا ولأن خروج الملك لا إلى مالك غير مشروع ألا ترى أن الله تعالى نهانا عن السائبة وهي التي يسيبها مالكها ويخرجها عن ملكه بزعمهم ولا يتناول منها إلا الفقراء أو الضيوف بخلاف الإعتاق والمسجد لأنه تحرر عن حق العبد حتى لا يجوز له أن ينتفع به وهذا لا ينقطع عنه حق العبد حتى كان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفه ونصب

العين ولأنه تصدق بالغلة أو بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز إلا في الوصية وما رواه
محمول على لزومه ولهذا أراد عمر رضي الله عنه أن يبيع ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم
فتركه ذكره الطحاوي ولو كان لازما لما حل له أن ينقض إلا أنه إذا حكم به حاكم يرى لزومه
يلزم لأنه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات وطريق الحكم فيه أن يسلم الوقف إلى المتولي
ثم يرجع فيه الواقف بحكم أنه غير لازم فإذا ترافعا إلى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن
الوقف لزم بالإجماع لما ذكرنا هذا إذا حكم به المتولي وأما المحكم فلا يلزم بحكمه في
الصحيح لأن للقاضي أن ينقض حكمه على ما عرف في موضعه ولو علق الوقف بموته بأن قال إذا مت
فقد وقفت داري على كذا ثم مات صح ولزم إذا خرج من الثلث لأن الوصية بالمعدوم
جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقيا فيه حكما يتصدق عنه دائما وإن لم
يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر أو يجيز الورثة
فإن لم يظهر له مال ولم يجز الورثة تقسم الغلة بينها أثلاثا ثلثه للوقف والثلثان
للورثة ولو علقه بالموت وهو مريض مرض الموت فكذلك الحكم لأن الوصية لا تختلف
بين أن يكون في الصحة أو في المرض وإن نجز الوقف في المرض فهو بمنزلة المعلق بالموت
فيما ذكره الطحاوي رحمه الله والصحيح أنه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة رحمه الله
فلا يلزم وعندهما يلزم من الثلث لأن حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ تصرفه إلا
من الثلث لأن حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ تصرفه إلا من الثلث بخلاف ما إذا وقف
في الصحة قال ولا يتم حتى يقبض أي حتى يقبض المتولي وفيه خلاف أبي يوسف
رحمه الله وقد ذكرناه. قال ويفرز أي لا يجوز حتى يفرز يحترز به عن المشاع
فإنه لا يجوز وقفه وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز لأن القسمة من تتمة القبض وأصل
القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وإنما كان كذلك لأن الوقف عنده إسقاط الملك
كالإعتاق والشيوع لا يمنعه كما لا يمنع الإعتاق وأما محمد رحمه الله لا يتم الوقف مع الشيوع
فيما يحتمل القسمة لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة
وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة إلا في المسجد
والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالإجماع لأن بقاء الشركة فيه يمنع الخلوص لله تعالى
ولأن المهايأة فيهما أقبح ما يكون بأن يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى في المسجد في
وقت ويتخذ إصطبلا في وقت بخلاف الوقف فإنه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحته
الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد رحمه الله وفيما يحتمله أيضا عند أبي يوسف رحمه الله
ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد رحمه الله لأنه تبين أن الوقف كان شائعا
فيعود الكل إليه أو إلى ورثته بخلاف ما إذا أمرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت

بلغ

عنده

وعندهما

الورثة في البعض شائعا أو رجع هو في الهبة كذلك حيث لا يبطل الوقف والهبة لأن
الشيوع طارئ بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف وإنما طرأ بعده فلا يضر
ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء دون ذلك
الجزء وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة ولو وقف رجلان أرضا بينهما معا أو متعاقبا
جاز إذا سلماه جميعا وإن اختلفت الجهة لأن وقت القبض هو المعتبر ولا شيوع حينئذ كما
في الصدقة واختلاف الجهة لا يضر كاختلاف الجهة في الهدي قال ويجعل آخره
لجهة لا تنقطع أي لا يجوز الوقف حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء
وإن لم يسمهم لهما أن حكم الوقف زوال الملك بغير التمليك وأنه بالتأبيد كالعتق ولهذا
كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود هو التقرب
إلى الله تعالى به وذلك يحصل لجهة تنقطع كما يحصل لجهة لا تنقطع ثم يصير بعدها للفقراء وهذا
يدل على أن التأبيد شرط عنده أيضا إلا أنه لا يشترط ذكره لأن لفظه ينصرف إليه ومحمد
رحمه الله يقول لا ينصرف إليه إلا بالتصريح بذكره لأن المطلق يحتمل التوقيت وفي
المحيط لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد تصح
الوقف عند الكل إلا عند أبي يوسف بن خالد السمتي البصري وهو تلميذ أبي حنيفة رحمه الله
فإن التأبيد عنده شرط لصحة الوقف والصحيح أنه ليس بشرط وذكر أن لفظ الصدقة
ونحوها في هذه الصورة يدل على أنه أراد به الفقراء دون الورثة وفيه في موضع آخر
لو قال أرضي هذه موقوفة على فلان أو على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما والغلة له
ما دام حيا وللفقراء بعده لأنه لما نص على الصدقة وهي لا تكون إلا للفقراء انصرف إليهم وذكر
فلان لتخصيصه بالبداية بالغلة ما دام حيا وجعل الخلاف المذكور بينهم فيما إذا لم يذكر
لفظ الصدقة بأن قال هذه موقوفة على فلان أو ولدي أو قرابتي ونحو ذلك وأما إذا ذكر
لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم وأبو يوسف رحمه الله كان يضيق في أمر الوقف غاية التضييق
أولا مثل أبي حنيفة رضي الله عنه ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى لم يشترط القبض والإفراز
ومحمد رحمه الله توسط بينهما ولهذا أفتى به عامة مشايخهم قال ويصح وقف العقار ببقره
وأكرته والقياس أن لا يجوز لأن التأبيد من شرطه وجه الاستحسان أنها تبع للأرض في تحصيل
ما هو المقصود وكم من شيء يثبت تبعا ولهذا دخل البناء في وقف الأرض وعلى هذا سائر آلات
الحراثة قال ومشاع قضى بجوازه أي بجواز الوقف فيه لأن قضاء القاضي يرفع الخلاف
في المجتهدات على ما بيناه وإن لم يقض فيه فعلى قول أبي يوسف رحمه الله يجوز وقد بيناه من قبل
قال ومنقول فيه تعامل كالكراع والخف والسلاح والفأس والمر والقدور والقدوم

والمشارب والجنازة وثيابها والمصاحف وغير ذلك مما تعورف وقفها وعند أبي يوسف رحمه الله
لا يجوز إلا في الكراع والسلاح والقياس لا يجوز في المنقول أصلا إلا أن أبا يوسف
ترك ذلك بالنص وهو ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال من احتبس فرسا في سبيل
الله إيمانا واحتسابا فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات رواه
أحمد والبخاري وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم قال في حق خالد قد حبس أدراعه وأعتاده
في سبيل الله تعالى والقياس يترك بالنص ومحمد رحمه الله تركه بالتعامل لأن القياس يترك
به كما في الاستصناع وفي الأشياء التي عددناها جرى التعامل وعن نصير بن يحيى أنه وقف
كتبه إلحاقا لها بالمصحف من حيث إنها تمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار
أخذوا بقول محمد رحمه الله والشافعي رحمه الله جوز وقف كل ما يجوز بيعه ويمكن الانتفاع
به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الأصل عدم جواز الوقف فيقتصر على
مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح فبقي ما وراءه على أصل القياس إلا ما جرى
التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح
والنفقات في سبيل الله تعالى ويدخل في وقف الأرض ما كان داخلا في البيع من الأشجار
دون الزرع والثمار **قال** ولا يملك الوقف ولا يقسم وإن وقف على أولاده
لأنه لا حق للموقوف عليهم في العين وإنما حقهم في الغلة ولأن المقصود من الوقف
أن يبقى على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالغلة والتمليك والقسمة بين مستحقي الوقف
تنافيان ذلك فلا يجوز **قال** ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط لأن قصد الواقف
صرف الغلة دائما ولا يبقى دائما إلا بالعمارة فيثبت اقتضاء من غير شرط **قال**
ولو دارا فعمارته على من له السكنى أي لو وقف دارا على سكنى شخص بعينه فإن العمارة
عليه لأنه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على
الموصى له بالمنفعة **قال** وإن أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها لأن فيه إبقاء الوقف
على ما قصده الواقف فإذا عمرها ردها على من له السكنى رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع على صاحبه
العمارة لأن فيه إتلاف ماله فصار نظير البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه
ببطلان حقه لاحتمال أن الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله إلى العمارة فلا يحمل على الرضا
ببطلان حقه بالشك ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك ولما لك لكن الحاكم يؤجرها
له أو لغيره فيعمرها بأجرتها بقدر ما يبقى على الصفة التي وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك
إلا برضا من له السكنى لأنها بصفتها صارت مستحقة له فترد إلى ما كانت وإن كانت وقفا
على الفقراء فكذلك في رواية حتى لا يزيد على ما كانت وفي رواية يجوز والأول أصح **قال**
وصرف نقضه إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه للاحتياج أي إن لم يحتج لأنه لا بد

العمارة

العمارة وإلا فلا يبقى فلا يحصل صرف الغلة إلى المصرف على التأبيد فيبطل غرض الواقف فيصرفه
للحال إن احتاج إليه وإلا يمسكه حتى يحتاج إليه كيلا يتعذر عليه أوان الحاجة **قال**
ولا يقسمه بين مستحقي الوقف أي لا يقسم النقض بينهم لأنهم ليس لهم حق في العين ولا في
جزء منه وإنما حقهم في المنافع فلا يصرف إليهم غير حقهم وإن تعذر إعادة عينه بيع
وصرف ثمنه إلى العمارة لأن البدل يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف المبدل **قال**
وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه صح أما الأول وهو ما إذا جعل
غلة الوقف لنفسه فالمذكور هنا قول أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز
لأبي يوسف أنه صلى الله عليه وسلم كان يأكل من وقفه ولا يحل ذلك إلا بالشرط فدل ذلك
على جوازه ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما عرف من أصلهما
فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد شرط ما صار لله تعالى لنفسه وهو جائز لأن يجعل ملك
ملك نفسه لنفسه فصار نظير ما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط
أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك
قال صلى الله عليه وسلم نفقة المرء على نفسه صدقة ووجه قول محمد رحمه الله أن القربة
بإزالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها إلى نفسه يمنع ذلك فكان باطلا كالصدقة المنفذة
وقال الفقيه أبو جعفر لشرح هذا عن محمد رحمه الله رواية ظاهرة إلا شيء ذكره في الوقف
فقال إذا وقف على أمهات أولاده جاز فقال هو الوقف على أمهات أولاده بمنزلة الوقف
على نفسه لأن ما يكون لأم الولد حال حياة المولى يكون للمولى وقيل في الصحيح أنه على الخلاف
في الهداية وهو ظاهر وقيل يجوز ههنا بالاتفاق لأنهن يعتقن بموته فيصرن أجنبيات فيصير
اشتراطه لهن كاشتراطه للأجنبي ثم في حال حياته يجوز أيضا تبعا لما بعد مماته وعلى هذا
الخلاف لو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ويكون وقفا مكانه أو شرط
الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام وهو مبني على ما ذكرنا من أن القرب بإزالة الملك
واشتراط ما ذكر يمنعه عند محمد رحمه الله خلافا له بخلاف ما إذا شرط أن يكون المنزله
أو يتصدق به حيث لا يجوز الوقف أصلا وكذا إذا شرط الخيار وهو مجهول في رواية وفي
رواية يجوز الوقف ويبطل الشرط وأما الثاني وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه فجائز
بالإجماع لأن شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص عند محمد رحمه الله يسلمه ثم يكون
له الولاية لأن التسليم شرط عنده وإن لم يشترطها لأحد فالولاية له عند أبي يوسف
وعند محمد لا يكون له الولاية لأنه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الأمر من يده فصار
أجنبيا عنه ولأبي يوسف رحمه الله أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل
أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد منه ولأنه أقرب الناس إليه فيكون أولى بولايته

كمن بنى مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب القيم فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه
أقرب الناس إليه وذكر هلال في وقفه فقال قال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه
كانت له وإن لم يشترط لا يكون له ولاية قال بعض المشايخ قال وإذ ذلك قال مشايخنا رحمهم الله
الأشبه أن يكون هذا قول محمد رحمه الله وقد بيناه ولا نقول كيف يكون هذا قول محمد
والتسليم شرط عنده على ما بينا لأنا نقول هذا لأنا في التسليم لأنه يمكن أن يسلمه إليه
ثم يأخذه منه وذكر في النهاية أنه يحتمل أن يسقط التسليم عنده إذا شرط الولاية لنفسه
لأن شرطه يأبى **قال** وينزع لو كان خائنا كالوصي وإن شرط أن لا ينزع معناه
أن الواقف لو شرط الولاية لنفسه وكان هو غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها
منه ولو شرط الواقف أن ليس للقاضي ولا للسلطان نزعه لأنه شرط مخالف لحكم الشرع
فيبطل ونظيره هذا الوصي إذا كان غير مأمون ينزع منه على ما بينا والله أعلم

فصل

قال رحمه الله ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن
بالصلاة فيه وإذا صلى فيه واحد زال ملكه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما
أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به لأنه ما دام حق العبد متعلقا به لم يتحرر لله
تعالى وأما الصلاة فيه فلأنه يشترط التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فإذا تعذر
تقام تحقق المقصود مقامه أو يشترط فيه تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه ولا
يشترط فيه قضاء القاضي ولا التعليق بالموت عند أبي حنيفة رضي الله عنه لحصول المقصود
به بخلاف الوقف لأن المقصود من الوقف أن يتصدق بالغلة ويحبس الأصل ولفظه ينبئ
عن ذلك والتصدق بالمعدوم لا يجوز إلا في الوصية فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية
به أو حكم الحاكم في موضع الاجتهاد ولذا أسقط التسليم إلى القيم عند محمد لما ذكرنا
ولا يجوز فيه المشاع عند أبي يوسف رحمه الله لما بينا فصار المسجد مخالفا للوقف عند الكل
ثم يكتفى بصلاة الواحد في رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه ومحمد لأن فعل الجنس كله متعذر
فيشترط أدناه وعنهما أنه يشترط الصلاة بجماعة جهرا بأذان وإقامة حتى لو كان سرا بأن
كان بلا أذان ولا إقامة لا يصير مسجدا ولو جعل له إماما ومؤذنا وهو رجل واحد
فصلى فيه بأذان وإقامة صار مسجدا اتفاقا لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة
ألا ترى أن المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده أن يصلي بالجماعة
في ذلك المسجد وهذه الرواية هي الصحيحة لأن المساجد تبنى لإقامة الصلوات فيها
بالجماعة فلا يصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود ولو سلم المسجد إلى متول نصبه القوم

بمصالحه فالأصح أنه يجوز لأن المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحوه وقال
أبو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط
لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل ط
وإذا صار مسجدا على اختلافهم زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث وليس له الرجوع
فيه لأنه صار لله تعالى بقوله تعالى وأن المساجد لله ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة
قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه إلى الطريق
وعزله أو اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه
لأنه لم يخلص لله لبقاء حق العبد فيه والمسجد لا يكون إلا خالصا لله تعالى لما تلونا ومع بقاء
حق العبد في أسفله أو في علوه أو في جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص كله أما إذا كان
السفل مسجدا فلأن لصاحب العلو حقا في السفل حتى لا يكون لصاحب السفل أن يحدث فيه
شيئا من غير رضا صاحب العلو وأما إذا جعل العلو مسجدا فلأن أرض العلو ملك لصاحب
السفل وليس له من التصرفات من غير رضا صاحب السفل كالبناء وغيره بخلاف مسجد
بيت المقدس فإن السرداب فيه ليس بمملوك لأحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره
مثله نقول بأنه صار مسجدا وأما إذا اتخذ وسط داره مسجدا فلأن ملكه محيط بجوانبه
فكان له حق المنع من الدخول والمسجد من شرطه أن لا يكون لأحد فيه حق المنع قال الله
تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه ولأنه لم يفرزه حين أبقى الطريق لنفسه
فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجدا وروى الحسن عن أبي
حنيفة أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجدا والأعلى ملكا لأن الأسفل أصل وهو يتأبد ولم
يجز عكسه وعن محمد رحمه الله عكسه لأن المسجد معظم ولا تعظيم إذا كان فوقه مستغل أو
مسكن بخلاف العكس وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز الوجهين حين قدم بغداد ورأى
ضيق الأماكن وروي عن محمد رحمه الله مثله حين قدم الري وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
أنه لو اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وإن لم يجعل بابه إلى الطريق لأنه لما رضي
بكونه مسجدا ولا مسجد إلا بالطريق دخل فيه الطريق ضرورة كما تدخل في الإجارة من
غير ذكر باعتبار أنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالطريق والانتفاع هو المقصود فيهما ولو اتخذ
أرضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا بيعه وكذا لا يورث عنه لتحرره لله تعالى بخلاف
الوقف عند أبي حنيفة رضي الله عنه حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق بيناه
ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه بقي مسجدا عند أبي يوسف رحمه الله لأنه إسقاط للملك
فلا يعود إلى ملكه كالإعتاق ألا ترى أن المسجد الحرام استغنى عنه أهله في زمن الفترة
ولم يعد إلى ورثة الباني وعند محمد رحمه الله يعود إلى ملكه أو إلى ورثته بعد موته لأنه عينه

لجهة وقد انقطعت كالكفن اذا خرج يرجع الى مالكه وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى
عنها يرجع الى مالكه عند محمد رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله ينقل الى مسجد اخر وعلى هذا
الخلاف الرباط والبير اذا لم ينتفع بهما **قال** ومن بنى سقاية او خانا او رباطا او مقبرة
لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف رحمه الله
يزول ملكه بالقول وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط
ودفنوا في المقبرة زال الملك فكل واحد منهم بنى على اصله من اشتراط حكم الحاكم او التسليم
او مجرد القول على ما بينا من قبل ولو سلم الى المتولي صح التسليم على قول من يرى انه شرط
ولو جعل ارضه طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع في مثل هذه الاشياء بين الغني
والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة
بخلاف الغلة حيث لا يجوز الا للفقراء لان الغني مستغن بماله عن الصدقة ولا يستغني عما
ذكرنا عادة وهي المفارقة لانه لا يمكنه ان يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا اليه
كالفقير ولا حاجة له الى الغلة لاستغنائه عنها بماله وعلى هذا ~~لو وقف حتى~~ لو وقف ارضا
لتصرف غلتها الى الحاج والغزاة او طلبة العلم لا تصرف الى الغني منهم ذكره في المحيط في
باب تسليم الوقف وعلى هذا لو جعل داره مسكنا لابناء السبيل في اي بلد كان يستوي فيه الفقير
والغني لما ذكرنا من العرف وروي في الخبر عن عثمان رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قدم المدينة وليس فيها ما يستعذب غير بئر رومة فقال من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه
مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالي رواه النسائي والترمذي
وقال حديث حسن فاذا جاز للواقف ان يشرب منه فما ظنك بغيره من الاغنياء **قال**
وان جعل شيئا من الطريق مسجدا صح كعكسه معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع
فادخلوا شيئا من الطريق في المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق جاز ذلك وكذا
اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه ارض لرجل يؤخذ ارضه بالقيمة كرها لما روي عن الصحابة
رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام اخذوا ارضين بكره من اصحابها بالقيمة وزادوا في
المسجد الحرام وقوله كعكسه اي كما جاز عكسه وهو ما اذا جعل في المسجد ممرا لتعارف
اهل الامصار في الجوامع وجاز لكل واحد ان يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض
والنفساء لما عرف في موضعه وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب

كتاب البيع ١٢

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه او ادخله فيه وفي الخبر قال
صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء

اخيه

اخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع قال الفرزدق

ان الشباب لرابح من باعه ۞ والشيب ليس لبايعه تجار

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك **قال** هو مبادلة المال بالمال بالتراضي
وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مقيدا به ثبت
شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع
الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فما روي انه
صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فان
الامة اجمعت على جوازه وانه احد اسباب الملك **قال** ويلزم بايجاب وقبول
وقال الشافعي رحمه الله لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا ان العقد تم من الجانبين
ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالاخر
بابطال حقه كساير العقود وما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا اوجب احدهما
فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم ياخذا في عمل اخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما
متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجازا كساير اسماء الفاعل مثل المتجاذبين
والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا
من سعته لانه اذا اطلقها على ما لا تحصل الفرقة بقولها هذا تاويل محمد رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا اولى
لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكرنا يوجب
التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى لكونه مرادا وما روي عن ابن عمر رضي
الله عنهما انه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية الرد تاويل منه وتاويل الصحابي لا يكون
حجة او يجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الاخر بذلك فيقطع الاحتمال
بعين احتياطا لئلا يحمله مخالفه عليه لا لان مذهبه كذلك بدليل انه قال ما ادركت
الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال صلى الله عليه وسلم من ابتاع
طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من غير فصل به واما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا
ان الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه صلى الله عليه وسلم سماهما متبايعين لقربهما
من البيع كما سمى العصير خمرا واسماعيل عليه الصلاة والسلام ذبيحا وانما كان له خيار
القبول لانه لو لم يكن له الخيار للزمه البيع من غير اختيار الاخر ولا دخل في ملكه وليس ذلك
في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا
قضى الاصيل الدين للكفيل قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما

الى رجب فانه لا حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضى الدين وان تم الحول والنصاب
تام فلا يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ على التحقيق كبعت واشتريت او رضيت او
اعطيتك او اخذته بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى تعتبر مجلس اداءهما وليس له
ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظه بعت مع ذكر
الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة رضي الله عنهما وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان
قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء
على ان البيع يتعدد بتكرار لفظه بعت عنده وعندهما بما يفصل الثمن وكذا ليس له ان يفرق
في القبض عند اتحاد العقد بايفاء ثمن البعض وابرائه او تاجيله قال وبتعاط
اي يلزم بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا وزعم الكرخي
رحمه الله انه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح
الاول لان جواز البيع باعتبار الرضى لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين
فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين واشار
محمد رحمه الله انه يكتفي بتسليم المبيع قال واي قام عن المجلس قبل القبول
بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام الموجب او الاخر قبل القبول احدهما صح
بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كما في عقود المبادلة بخلاف
الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والتعليق
شرط والايمان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي رحمه الله خيار القبول لا يمتد الى اخر
المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي والفكر والتامل فجعل ساعات
المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي
رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد
بكم العسر وقال صلى الله عليه وسلم يسروا ولا تعسروا قال ولا بد من
معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم
والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه تكون مفسدا قال
لا مشار اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن او المبيع لان
الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة
فلا تمنع الجواز لان العوض حاضر بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا
لاحتمال الربا بخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا ان يكون
معروف القدر عند ابي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء في موضعه قال وصح بثمن بيانه صح
حال وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى واحل الله البيع

من غير

من غير فصل وعنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد من
ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة قال ومطلقه على النقد
الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا
عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان بين قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا
كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما
اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال وان اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا
كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة
فتفسد الا ان ترفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على
ما بينا وان كانت في المالية سواء جاز البيع كيف ما كان وعنه انه ان كان احدهما اروج انصرف
اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان مالية كل
واحد سواء غير ان الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل
ثلاثة منه درهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري بمصر اليوم صح
فاذا اشترى بدراهم معلومة فاعطى من ايها شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في ماليته
قال وباع الطعام كيلا وجزافا لانه بكل واحد منهما يصير معلوما اما المكايلة
فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه
ولم يكن راس مال السلم على ما بيناه في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو
ما دون نصف الصاع قال وباناء او حجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة
لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالمجازفة وكبيع شيء لا يعرف وصفه
بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم
فيه متاخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء
لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل
والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا بالتعامل فيه وروي ذلك عن ابي يوسف رحمه الله
وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ
وعن ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف
وشرط جواز الجزاف ان يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه
صار مميزا مشارا اليه وان كان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه
مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه قال ومن باع صبرة كل صاع بدرهم
صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة
لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز

كما لو باع عبدا من عبدين على ان ياخذ ايهما شاء بخلاف ما اذا اجار دارا كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد من الشهور لانه لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فيصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امراة اتزوجها طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هناك وهو الكيل متاخر عن العقد وفي مثله يصار الى ان اختياره موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيها لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو خير له بالايجاب وكما اذا اشترى ما لم يره فرآه وان افترقا قبل ان يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار اربعة ايام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس **قال** ولو باع قطيعا اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا ان رفع هذه الجهالة بايديهما لما ان لها نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد الشياه متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت **قال** ولو سمى الكل صح في الكل يعني لو سمى جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياه ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو بناء على قوله وعلى قولهما لا يتاتى لجوازه بدونه **قال** ولو نقص كيل اخذ بحصته او فسخ ولو زاد فللبائع يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بان قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته ان شاء لانه من المقدرات فيتعلق العقد بقدر وان لم يسم قسط كل قفيز لما ذكرنا انه تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها بحصتها وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فبقي ملكه اذ القدر ليس بوصف **قال** ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء تركه لما ذكرنا لان الذراع وصف للمذروع فلا يقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها

خلاف الاول

١٤٨

ان ع

خلاف الاول غير انه ان وجده ناقصا ثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري ان يفسخه بعد القبض قبل ان يذرعه ولو كان بعد ما ذرعه لا يجوز لاحتمال ان يزيد فيكون للبائع كما في المكيل والموزون **قال** ولو قال كل ذراع بكذا ونقص اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كله كل ذراع بكذا او فسخ معناه اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء تركه وان وجده زائدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيتخير وليس له ان ياخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز بيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام كدخول الفاضل في البيع وان سمى لكل ذراع ثمنا **قال** وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم من دار او عشرها اي لا يفسد بيع عشرة اسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة اسهم من دار او عشرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم او من ثلاثين سهما حيث يجوز لانه معلوم عشرا او ثلث ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن اجحفه في الاختصار ادى اليه هذا وقوله وفسد بيع عشرة اذرع من دار قول ابي حنيفة رضي الله عنه واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا سهم ومنهم من قال يجوز لان هذه يمكن رفعها بالذرع فيعرف فلا يفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة اذرع من مائة ذراع فسد البيع عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا شائع ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من مائة سهم لانه شائع فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها

الدليل على انه وصف انه عبارة عن الطول والعرض وعيب للمشتري ع م

هم

الجهالة م

فيجوز عنده بجعلها نظير بيع شاة من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم عددها
جملة يجوز عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال
رحمه الله وان اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا اشتراه
بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب ثم اذا وجده ناقصا او زائدا فسد البيع
لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب الزائد فيتنازعان في المردود
ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن المعدوم وهو
مجهول فيؤدي الى النزاع قال ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره
وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زائدا يبقى الجهالة في المردود فيؤدي
الى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود
يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يفسد في فصل
النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة فصار
قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا كما لو
جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما او باع ثوبين على انهما هرويان
وبين ثمن كل واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد
في الصورتين فكذا هذا وعندهما جائز فكذا هذا بناء على ان البيع يتعدد
بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بلفظه البيع والصحيح انه يجوز في
فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في
الموجود بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد بخلاف المستشهد
به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا
لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد تحقيقه ان الشيئين الموصوفين بوصف
اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد
في الآخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما دون
الآخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا
في الآخر فبالنظر الى وجود ذلك الشيء كان شرطا وبالنظر الى انعدام
ذلك الوصف كان فاسدا واما اذا كان احدهما معدوما بذاته ووصفه
لم يكن داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لانه
معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال ومن اشترى ثوبا
على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار
وبتسعة في تسعة ونصف بخيار معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة

اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف يأخذه في الوجه
الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله يأخذه في الاول بأحد عشر وفي الوجه
الثاني يأخذه بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد رحمه الله يأخذه في الاول
بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بعشرة الا نصفا ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع
ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورته مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف
بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة
نصف ذراع وفي الوجه الثاني نقص الثوب عما شرط فيخير كيلا يتضرر ولابي يوسف
رحمه الله انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على انه
ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شيء من الثمن لما ذكرنا انه وصف
وتغير الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه
فيما اذا وجده زائدا وانتقص المبيع في الآخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط
وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل
ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه يخالفه الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف
المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب تضره القطع او يتفاوت جوانبه كالعمائم
والقمصان والاقبية واما الثياب التي لا يتفاوت جوانبها كالكرباس ونحوها فلا
يسلم له الزيادة لانه اذا كان لا يتفاوت الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى
هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا تضره التبعيض

فصل

يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار
للعرصة في الاصل وفي العرف يتناول البناء تبعا لكونه متصلا بها اتصال
قرار وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر
غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمر يقطع للحطب والخشب
فيبقى عليها والصغير ينقل عن مكانها فصارا كالزرع وقيل يدخلان فيه لانهما
ليس لهما حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار
مركبا فيها مثل الكلون والضبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح
تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل

لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في القياس لا يدخل اصلا الا
انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي على اصل
القياس ثم الاصل في جنس هذه المسايل ان الشي اذا كان متصلا بالمبيع اتصال
قرار دخل في البيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح
والسلم المتصل بالبنا يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير
كالسلم هكذا ذكره في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي ان لا يدخل السلم
وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما
تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع بغير شرط
للعرف الا ان يكون ثيابا ثمينة تلبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف
اذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شا اعطى الذي عليه وان شا
اعطى غيره لان الداخل في العرف كسوة مثلها لا عينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن بكلمه
حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشي وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها
ولو وجد بالجارية عيبا كان له ان يردها دون تلك الثياب وخطام البعير
والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف تدخل للعرف
بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل حيث لا تدخل
الا بالشرط لعدم العرف الا ان يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة
وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه
للعرف والا فلا قال ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا
الثمر في بيع الشجر الا بالشرط لانهما متصلان بهما للفصل فصار كالمتاع الموضوع
فيها وقال صلى الله عليه وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترطها
المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان
كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى
فلا يعتبر منفصلا في ثاني الحال مع وجود الجزئية في الحال قال ويقال للبائع
اقطعها وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه
كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر
ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك
وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه ما بينا
وفي الاجارة التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر المثل وتسليم العوض كتسليم المعوض
وانما لا يقلع فيها لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشرا

لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع الا ترى انه لو اشترى ارضا
لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق
بين ما اذا كان للثمر او للزرع قيمة او لم يكن لهما قيمة في الصحيح ويكون في الحالين
للبائع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين في الاصح وكذا لا يدخلان في بيع الارض
والشجر تبعا واما اذا بذر في الارض ولم ينبت فباع الارض لم يدخل لانه مودع
فيها فصار كالمتاع الموضوع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق
لانهما ليسا منهما ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها
او من مرافقها لا يدخل لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه
لانهما من الذي له فيها او منها للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجدود والزرع
المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال وورق التوت
والاس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام
واشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل موضع
يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان
فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب والطريق ليسا بهما ولا منها لكنهما
من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيها وبهما منها وليسا من حقوقها فتعاكسا
قال ومن باع ثمرة قد بدا صلاحها او لا صح لانه مال متقوم منتفع به في
الحال او في المال وقيل لا يجوز قبل ان يصير منتفعا به والاول اصح وعلى هذا
الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع
به في المال فصار كالاطفال والجحش قال ويقطعها المشتري تفريغا لملك
البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع قال وان شرط تركها على
النخل فسد اي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او نقول
انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة بشرط الترك م
في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة
في صفقة وكذا بيع الزرع لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا
يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسانا للعادة بخلاف ما اذا لم
يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد معنى في الارض والشجر
ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق
بما زاد الفضل في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى عظمها
لم يتصدق بشي لان هذا تغير حال بان الشمس تنضجه وتاخذ اللون من القمر والطعم

استبرى الزرع

من الكواكب سعد بن الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخل الى وقت
الادراك وتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي
الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا استأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا
يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من اجر المثل لان الاجارة فاسدة
للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع
لعجزه عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول
المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول
ليحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء
وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم
اذا كان الموجود اكثر فحاصله ان هذه المسألة ثلث صور احداها اذا اخرج الثمار
كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها ان لا يخرج شيء منه فانه لا يجوز
بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب
وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل
الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به
وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى هذه الطريقة عند
تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او يشتري
الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود
بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة
الى تجويز العقد في المعدوم وهو مصادم للنص وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال ولو استثنى منها ارطالا معلومة
صح كبيع بر في سنبله وباقلا في قشره اي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة
او غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلا في قشره اما الاول
فلان المبيع صار معلوما بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه
وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثناء مجهول
وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة او يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح
رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة
قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا
تمنع جواز البيع في المشار اليه على ما بينا من قبل الا ترى ان بيعه مجازفة جائز
وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جزاف فيما بقي بعد الثنيا ولان كل ما جاز بعينه

ابراد العقد

ابراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد وما لا فلا وبيع ارطال
معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه
يجوز استثناؤها ولو كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها
وعلى هذا اطراف الحيوان واوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء الى اخره قلنا
الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مفيدا
ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يوهم البقاء الا يرى انه لو قال
نسائي طوالق الا فلانة وفلانة او قال عبيدي احرار الا فلانا وفلانا حتى اخرج الكل
بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا بلفظه بان قال عبيدي احرار الا
عبيدي او نسائي طوالق الا نسائي حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق
والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه
الثمار واما الثاني وهو ما اذا باع برا في سنبله الى اخره فلانه حب متقوم منتفع به
فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لان المعقود عليه
مستور وغائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن
واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب
في السنبلة الحنطة الا يرى انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب
ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص
الاخضر وسائر الحبوب المغلفة وما رواه مسلم واحمد وغيرهما انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة المراد به السلم
يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الا يرى الى ما رواه مسلم والبخاري باسناده
عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم يستحل مال صاحبه فيكون حجة
لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو اجري على اطلاقه
كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعدما ابيض مطلقا من غير
قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك قال واجرة الكيل على البائع
مراده فيما اذا بيع مكايلة وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان
الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة او موازنة او مذارعة او معادة
من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه قال واجرة نقد الثمن
ووزنه على المشتري لما ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري
فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البائع تعلق به فيكون
اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله

فكذا صح

وفلانا صح

اذا كان صح

بعينه

وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البائع لان النقد يكون بعد التسليم
والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فيكون اجرته عليه وما اول
كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله وروي عن محمد رحمه الله ان اجرة النقد على
رب الدين بعد القبض وقبله المدين لان على المدين ايفاء حقه فيكون اجرة التمييز
عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه فيكون متعينا
عليه قال ومن باع سلعة بثمن سلمه اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد
يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا ليتعين حق
البائع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصورة هذا ان يقال
للبائع احضر المبيع ليعلم انه قائم فاذا احضر قيل للمشتري سلم الثمن اولا لما ذكرنا
وان كان المبيع غائبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن اولا حتى يحضر البائع المبيع
على مثال الراهن مع المرتهن قال والا معا اي ان لم يكن سلعة بثمن سلما
معا لاستوائهما في التعين او في عدم التعين وذلك لانه اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة
فالاول كلاهما غير متعين والثاني متعين.

باب خيار الشرط

قال رحمه الله صح للمتبايعين او لاحدهما ثلثة ايام او اقل اي جاز خيار الشرط
لهما جملة او لاحدهما ثلثة ايام فما دونها لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ
الانصاري وكان يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام
قال ولو اكثر لا اي لو شرط اكثر من ثلثة ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وبه قال زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي لدفع الغبن
وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل في الثمن ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس
بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل
لانه للقدرة على التحصيل وذلك يتفاوت بتفاوت المدة وحديث ابن عمر رضي الله عنهما ليس
بصريح فيه فانه روي انه اجاز الخيار الى شهر يحتمل ان يكون خيار الرؤية او العيب
فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال فاذا اجاز في الثلث جاز خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول العقد انعقد فاسدا فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود وله
ان المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلمه في المجلس وهذا

عند مشايخ

اليوم الرابع بعد الثلثة فان حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال م

عند مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف
الشرط ولان المفسد اتصال المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم
الرابع وعند مشايخ اهل خراسان يعني عندهما العقد موقوف على اسقاط الشرط فبمضي
جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد
لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه اوجه قال
ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح والى اربعة لا وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام واكثر
وقال زفر رحمه الله لا يجوز هذا الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة
فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها فسد فهذا اولى وجه
الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه يتخير في الايام الثلثة بين
الفسخ والامضاء غير انه ترك النقد جعله امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء
وهذا الشرط محتاج اليه لدفع المماطلة كما ان شرط الخيار محتاج اليه لدفع الغبن
غير انه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك يتم وذلك لا يوجب
اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف
فيما يقع به الفسخ والاجازة لا في نفس الفسخ عند ارادة الفسخ ولا في نفس الاجازة
عند ارادة الاجازة فلا يعد اختلافا ثم ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مرا على اصلهما
في الزيادة على الثلثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو يوسف مع ابي حنيفة
رضي الله عنه في هذا ومع محمد رحمه الله في شرط الخيار اخذ بالنص في هذا وبالاثر في تلك
قال فان نقد في الثلث صح يعني فيما اذا شرطا اكثر من ثلثة ايام وانما صح لزوال
المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسئلة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت او بينا وقتا
مجهولا بان يقول على انه ان لم ينقد ايام او بينا معلوما وهو اكثر من ثلثة ايام فهو في
هذه الصور كلها فاسد الا ان ينقد في الثلث لما قلنا او بينا وقتا معلوما وهو ثلثة
ايام او دونه فانه يجوز لما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه
لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضى مع الخيار وهذا ينفذ عتق البائع
ويملك التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البائع قال ويقبض المشتري
يهلك بالقيمة يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فان المشتري
يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان
مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا
شيء على البائع كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع ان

يلزمه البيع إن شاء وإن شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لأن العيب لا يمنع الفسخ وإذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشتري بالقيمة بجميع أجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشتري يتخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما في البيع المطلق وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لأن ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط حصته من الثمن **قال** وخيار المشتري لا يمنع ولا تملكه أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا تملكه المشتري لأن البيع من جهة البائع لازم لأن الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الآخر وإنما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملكه لأنه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه لأن الخيار يعمل في حق من له الخيار ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولأن الخيار شرع نظرا له ليتنظر فيه هل هو موافق أم لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما إذا اشترى قريبه لأنه يعتق عليه فيعود على موضوعه بالنقض وجاز أن يوجد خروج ح
ملك بلا دخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين يخرج عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة ولا يقال على هذا يكون سائبة وهي منهي عنها لأنا نقول الحال موقوف إن أجاز البيع يستند إلى وقت العقد ويتبين أنه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وإن فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه **قال** ويقبضه يهلك بالثمن كتعيبه أي بسبب قبضه يضمن بثمنه إذا هلك كما يضمن إذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وإن كان يرتفع فهو على خياره فإن ارتفع في المدة لا يلزمه وإلا لزمه لأنه بدخول العيب فيه عند المشتري يمتنع الرد على البائع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك بعدما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأنه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد إذ لا عجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وإن أشرف على الهلاك فالحوز من البيع فيه إنما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لأنه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة **قال** فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح لأنه لم يملكها لأن خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا **قال** فإن وطئها فله أن يردها

كالمرض

لان الوطي

لأن الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين إذ لا يملكها بهذا الشراء إلا إذا انتقصها الوطء لأنها تتغير به وليس له أن يردها عليه بعدما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لأن النكاح انفسخ لملكه إياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما إذا اشترى غير زوجته فوطئها وهذه المسئلة تظهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظائر منها عتق العبد المشترى على المشتري إذا كان قريبا له ومنها عتقه إذا كان قد حلف بعتقه بأن قال إن ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريته لأنه يصير كالمنشئ في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزيه عن الكفارة إذا نواه بخلاف شراء القريب على ما عرف في موضعه ومنها الأمة المشتراة لو حاضت عند المشتري بعد القبض لا يجتزأ به عن الاستبراء لعدم الملك وعندهما يجتزأ به لوجوده ولو رجعت إلى البائع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها في ملك غيره عنده وعندهما يجب إذا رجعت إليه بعد القبض وإن رجعت إلى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا كما لو كان البيع باتا ثم تفاسخا بإقالة أو غيرها فإنه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب إجماعا ومنها ما إذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه أو حبلى منه لا تصير أم ولد له خلافا لهما وثمرة الخلاف تظهر أيضا فيما إذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع وإن قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالإجماع لأنها تعيبت بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب في يده بخلاف ما إذا ولدت قبل القبض عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو نظير ما إذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار وقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البائع عنده لأن قبضه ارتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البائع إن كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وإن كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك له فصار كما إذا كان له خيار الرؤية أو العيب والفرق له أنهما لا يمنعان وقوع الملك للمشتري فيكون الإيداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبدا مأذونا له في التجارة فأبرأه البائع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده لأنه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والمأذون له

يملك الرد وان كان التملك بغير عوض كما اذا وهب له فان له ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية او عيب في البيع البات فابراه البايع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه انه لا يمتنع ان الوقوع في الملك على ما بينا وذكر في المحيط انه لا يملك الابراء عن الثمن عند ابي يوسف رحمه الله لانه لم يملكه لان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان انه ابرا بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو اسلم البايع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردها المشتري عادت الى ملك البايع لان العقد من جانب البايع بات فان اجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبايع والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما كما في الارث ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر ان يملك الخمر ولو اسلم المشتري لا يبطل العقد والبايع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فان اجاز العقد صار له لان المسلم من اهل ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبايع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان اسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سوا كان البيع باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البايع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبايع ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشتري فاحرم البايع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى دارا هو ساكنها باجارة او عارية فاستدام السكنى بعد الشرا لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتدا السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار **قال** فان اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان رضا عدته فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار او بيعه او وطئه او تقبيله بشهوة وكالاجازة فان علم الاخر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علمه كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فيلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد الماذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد الماذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وجنونه مطبقا ولا نسلم انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه ان ياخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضا **قال** ويتم العقد بموته ومضي المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة يعني يتم العقد بواحد من هذه الجملة اما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت فلا ينتقل عنه كسائر اوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيته وارادته فصار كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث ان يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البايع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتدا لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان الخيار

يورث فاذا ابطل الخيار لزم البيع وتم واما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلانه
بمضيها يبطل الخيار اذ المثبت له الخيار الا في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر
لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه
لزوال المانع واما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات
دليل الاستبقا لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك
كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطي والتقبيل واللمس بشهوة فيتم به البيع
وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان
الخيار للمشتري ووجد منه شي من هذه الاشيا وان كان الخيار للبايع وفعل
شيا من هذه الاشيا في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا انه دليل الاستبقا وان كان
الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه
يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقا واما الرابع وهو الاخذ بالشفعة
وصورته ان يشتري دارا بشرط الخيار ثم يباع دار اخرى بجنبها فياخذها
المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل
الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام
فكان اخذه بها دليل الاستبقا فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك
فيها من وقت الشرا فيظهر ان الجوار كان سابقا ولانه احق الناس بالتصرف فيها
فكان اولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة
وهذا التقدير يحتاج اليه ابي حنيفه رضي الله عنه واما على قولهما فان المشتري
بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه
لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خيار يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية
حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيها اذا بيعت دار بجنبها فاخذها بها لانه لا يسقط
بالصريح فكذا بالدلالة **قال** ولو شرط الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض
صح اي اجاز المشتري او من شرط له الخيار او نقضه جاز وقال زفر رحمه الله عليه
لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد
ومن احكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان
اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد ومنه ذلك فيفسد ولنا ان اشتراط الخيار
لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة
ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي
نايبا عن نفسه اقتضا تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضا ولا بالاستحسان فاذا

المشتري

كان نايبا عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز او نقض صح لان كل واحد منهما
ملك التصرف اصالة او نيابة **قال** فان اجاز احدهما ونقض الاخر فالاسبق
احق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الاخر بعده يلغو لان السابق
ان كان فسخا فالمفسوخ لا يلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد
وبعد انبرامه لا ينفرد احد المتعاقدين بفسخه **قال** وان كانا معا
فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز الاخر وخرج الكلامان منهما معا كان الفسخ
اولى من الاجازة من ايهما كان وهو رواية كتاب الماذون من المبسوط وفي رواية
كتاب البيوع منه تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل اقوى
اذ النايب يستفيد الولاية منه فلا يصلح ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما اقدم
على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك صريحا بالقول فكذا دلالة
بالفعل وهذا لان تصرف النايب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة المتصرف
نفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله ان يطلق امراته البتة فطلقها الوكيل والموكل
حيث يقع عليها طلاق احدهما غير عين ولا يقدم طلاق الموكل لان الوكيل في باب
الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في يمينه
ان لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في باب البيع
على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح ان المعارضة من جهة المتصرف
متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب
الترجيح بحال التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان اولى
بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا وجدا معا ينعقد نكاح الحرة لانه اقوى
لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال المجاز الفسخ الا ترى ان احدهما
وفسخ بعضه صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البايع عاد الحال
على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار
للبايع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة
ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في الماذون قول ابي يوسف
رحمه الله لانه لا يقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول
محمد رحمه الله لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النايب عنده واستخرج ذلك
مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد رحمه الله يملكه
المشتري من المالك تقديما لتصرف المالك وعند ابي يوسف رحمه الله يستويان فيكون
بين المشتريين نصفين لاستوا التصرف في عدم تقدم المتصرف بالملك عنده وثبت

يلحقه

دلالة

تصرفه

اركان الخيار

لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال ولو باع عبدين على انه بالخيار في احدهما ان فصّل وعيّن صح والا لا اي صح ان فصّل ثمن كل واحد منهما وعيّن الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فما لم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للعقد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصّل الثمن ويبيّن الذي فيه الخيار والثاني ان لا يبيّن واحدا منهما والثالث ان يبيّن الثمن دون الاخر والرابع بالعكس والعقد فاسد في الكل اما لجهالة الثمن او لجهالة المبيع او لجهالتهما الا في الاول لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو اما ان يجعل المستثنى داخلا في العقد او لا فان جعلته داخلا في العقد وجب ان يجوز وان لم يبيّن ولم يفصّل اذ ليس كل بيان جزء من اجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان جعلته غير داخل فيه وجب ان لا يجوز وان بيّن وفصّل لانك جعلت قبول العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة فانه لا يجوز ولئن بيّنها قلنا هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه نظرنا فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبيّن الثمن لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبيّن الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا او وزنيا او عبدا واحدا على انه بالخيار في نصفه جاز فصّل الثمن او لم يفصّل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين ان يكون الخيار للبائع او للمشتري قال وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد العبدين او الثوبين على ان يأخذ ايهما شاء او يبيع احد الثلاثة على ان يأخذ ايها شاء ولا يجوز ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق برأيه او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالشراء فكان لا يسعى امانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا تمنع الجواز غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد

والوسط

والوسط والردي فيها ولا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما وعلى قول الكرخي رحمه الله له ان يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي خان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة هاهنا يعني في الجامع الصغير فيما اذا بيّن مدة الخيار بان يأخذ ايهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلثة ايام ووضعه كذا في المأذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان يأخذ ايهما شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث فما دونها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما على قول اكثر المشايخ لان القياس يأبى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بخيار الشرط فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار بطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لا يلزم في احدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي رحمه الله في مختصره انه يجوز استحسانا قال واليه اشار في المأذون ووجهه انه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذا للبائع قياسا عليه وذكر في المجرد انه لا يجوز لانه جوّز للمشتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه للبائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما او تعيّب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعيّن الاخر للامانة لان الداخل تحت العقد احدهما والذي لم يدخل في العقد مقبوض باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان امانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا

بخلاف ما اذا طلق احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حين اشرف على الهلاك لم يخرج من ان يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع فتعين الباقي له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم يبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت غير انه في البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي العتاق والطلاق كذلك لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت غير انه لا يعجز عنه فبقي مخيرا الى الهلاك فاذا هلك خرج من ان يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان بعده فيتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا او امانة ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لانه محل لابتداء البيع فكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط قال ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا له ان يرد وعلى هذا خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد يثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما نصيبه اضرار بالبائع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما لرده معيبا به اذ هي عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهاياة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا ضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد والبائع يتضرر بتصرف الراد فكان رعاية جانب البائع اولى ولا يقال البائع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه

فلا يدل

فلا يدل على الرضى به في ملكه الا ترى ان المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له ان يردها على البائع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث في يد البائع قال ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه بالثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا او كذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز بقدر ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما يطلق عليه الاسم فله الخيار ان شاء اخذه بثمنه وان شاء رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو ابتاعه من غير ان يشرط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع ثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف لفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد

باب خيار الرؤية

قال رحمه الله شرى ما لم يره جاز وله ان يرده اذا رآه وان رضي قبله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر اليه ولا الى مكانه او هو معدوم لما ذكرنا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم

ابن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل
السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك
واجمعنا على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان
كما زعم لجاز ولو باع عينا غائبة وكان المشتري راها جاز فيبطل زعمه طردا وعكسا
وقوله وان رضي قبله متصل بما قبله اي له الخيار اذا راه وان كان رضي قبل ان يراه
لان الخيار معلق بالروية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشيء قبل العلم
باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الروية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الروية
لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا لموجب الخيار والله اعلم قال ولا خيار
لمن باع ما لم يره وكان ابو حنيفة رضي الله عنه اولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا
المتعاقدين فاذا انتفى رضا احدهما لعدم الروية فكذا رضا الاخر اذ لا يثبت به
الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالروية ولانه
خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا بخيار الشرط والعيب
ثم رجع عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع ما لم يره اصلا قولا واحدا ولنا
للرجوع اليه ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة
انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال
لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان خيار الروية معلق
بروية المشتري فيما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الروية انما يثبت للمشتري
باعتبار انه يظنه خيرا مما راى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولو رده البايع
لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على انه معيب
فاذا هو سليم لا يثبت للبايع فيه الخيار قال ويبطل بما يبطل به خيار الشرط
اي يبطل خيار الروية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد
الروية واما اذا قبله فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر
الفسخ على ما نبين وقال بعضهم اذا راه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره
ولزمه البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا
الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة
تزول بالروية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب
وكان ينبغي ان لا يملك الفسخ بعد الروية متصلا بها لزوال سببه الا انه ملك الفسخ
لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح

خيار

انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول او بفعل
يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل لان النص
ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع ان
جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل انه لم يثبت له الخيار قبل
الروية لتعلقه بالروية فلهذا لا يتوقف لاطلاقه عن الوقت والمقيد به يكون زيادة
وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به او التعيب او تصرف
لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن
والاجارة لوجود الرضا منه صريحا او دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات
قبل الروية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير
كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الروية لانه لا يفوق
صريح الرضا ويبطله بعد الروية لوجود دلالة الرضا منه صريحا او دلالة وكذا
بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الروية بطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه يؤكد
لحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به
الخيار قبل الروية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى ارضا فاذن للاكار ان يزرع
قبل الروية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله والله اعلم قال وكفت روية
وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار
لان روية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر روية الجميع وروية هذه المواضع
من هذه الاشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط روية غيرها ولو دخل في
المبيع اشياء فان كان لا يتفاوت احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض
بالنموذج يكتفي بروية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد
ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي اردى فيكون له الخيار فيه وفيما
راى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وان كان احاده
تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من روية
كل واحد من افراده لانه بروية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض
من هذا القسم فيما ذكره الكرخي رحمه الله لتفاوت احاده فلا يستدل بروية
بعضه على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير
لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا نقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به وصف
الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم البقية الا اذا كان في
طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفي بروية

الخيارية

ظاهر الثوب ولا بد من بشرته كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه
قلنا ما يتفاوت جوانب ثوب واحد يمكن الاستدلال بالبعض على البعض منه والوجه
هو المقصود من الادمي ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له والكفل
من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله
رؤية الوجه كاف كالادمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه يظهر السمن والهزال
ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من
الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي دفوف الغازي لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشيء
يقع باستعمال ادراكه فلا يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر رحمه الله
لا بد من رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية
والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله
في الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى الخارج او الى الصحن لا يوقع العلم
بهذه الاشياء وما ذكره في الكتاب مبني على عادة اهل الكوفة في ذلك الزمان
فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم يختلف الا في الكبر والصغر وفي كونها جديدة
او عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها فافتوا به لذلك واما اليوم فبخلافه فلا يكتفى
به ورؤية اشجار البستان يكتفى بها لوقوع العلم بها ولو رأى دهنا في قارورة من
خارجها لا يبطل خياره في المروي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن محمد انه يبطل
قال ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكل بالقبض دون اسقاط
الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط فانه لا يقدر على اسقاطهما
كذا هذا واقرب منه انه لا يقدر على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا فاسقط
الخيار بعده او كان رآه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به فكذا ضمنا بالقبض لما
ذكرنا ولابي حنيفة رضي الله عنه انه وكله بالقبض واقامه مقام نفسه فيه والقبض
على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه
اذا قبضه مستورا لخياره باق على حاله حتى يراه ولا يتم الصفقة مع بقاء الخيار
فكان ناقصا والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا
لخياره باق على حاله حتى يراه ولا يتم الصفقة مع بقاء الخيار انتهت الوكالة بالقبض الناقص
فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء الوكالة وهذا لانه يملك
القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض
بان كان بعده قصدا او قبله بالرؤية لا يملكه او لم يوكله الا بالقبض وهذا الخلاف

خيار العيب

خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض معه وبخلاف خيار الشرط لانه
لا يسقط بقبض الموكل فلا يتصور تمامه القبض التام فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول
لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان
رسولا في الشراء او البيع والفرق بين التوكيل والارسال ان يقول في التوكيل كن
وكيلي في القبض وفي الارسال كن رسولي فيه او امرتك بقبضه وبقوله ونظر
وكيله بالقبض احترز عن الوكيل بالشراء فان نظره بالاجماع كنظر الموكل وقيده بالقبض
لما فيه من الاختلاف ولم يقيد الرسول به لان نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقا سواء
كان الرسول بالقبض او بالشراء قال وصح عقد الاعمى ويسقط خياره اذا اشتراه
بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه اما صحة عقده فلانه مكلف محتاج
فصار كالبصير واما سقوط خياره بما ذكره فلان هذه الاشياء تفيد العلم لمن استعملها
على ما بينا في البصير وقوله يسقط خياره بجس المبيع الى اخره محمول على ما اذا وجد
الجس منه قبل الشراء واما اذا اشترى قبل ان يجس لا يسقط خياره به باتفاق الروايات
لما روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح على ما
بينا واكتفى بالوصف في العقار لانه لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد
يقام مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما
وصف له فكذا في حقه وعن ابي يوسف رحمه الله انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان
لو كان بصيرا لرآه منه لان التشبيه يقام مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين
اقيم مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة واجراء الموسى على راس الاقرع مقام الحلق
عند التحلل وقال الحسن رحمه الله يوكل وكيلا يقبضه له وهو يراه وهو اشبه
بقول ابي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بينا
وقال بعض ائمة بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف
وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض
بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي
قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال ومن رأى
احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر له ردهما لان رؤية احدهما لا تغني عن رؤية
الاخر للتفاوت فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما روينا وليس له ان يرده وحده
لنهيه صلى الله عليه وسلم عن تفريق الصفقة ويردهما جميعا ضرورة ولا يقال
خياره ثبت بالنص فيما لا يراه وفي منع الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول
نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ يفسخ فيه وفي الاخر احترازا

عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره يرده بالحديث الاول والذي رآه بالثاني لما ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية والرؤية قبل القبض وبعده لخلل في الرضا بالعقد وهو تفريق الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيد ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاهما خلل لما افاد حقيقته او خيار العيب يثبت لفوات بعض اوصاف المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا اولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك احدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ بقضاء القاضي او بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وايضا ان نظيره القبول في الانفراد به كما صار نظيره فيه قال ولا يورث كخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال ومن اشترى ما رأى خير ان تغير والا اي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد رضي به على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان رآه من قبل حينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم باوصافه لا يتصور وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معلمة له باوصاف المبيع فصار كانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان الظاهر يشهد له اذ الاصل بقاء ما كان وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق في دعوى التغير الا بينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له لان الجارية الشابة تكون عجوزة بطول المدة قال وللمشتري لو في الرؤية اي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له مع يمينه قال ولو اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهب رد بعيب لا بخيار رؤية او شرط لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسألة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة

رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبده المديون ممن له الدين او عبده الجاني من ولي الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعود عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله والعذر لابي يوسف ان خيار الرؤية اضعف منهما

باب خيار العيب

وهو ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة قال ومن وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروط في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد كمن اشترى عبدا على انه خباز ونحوه فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل له ان يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له رواه ابن ماجه واحمد بمعناه ومر صلى الله عليه وسلم برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب صلى الله عليه وسلم كتابا بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذي فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئا لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا تكون اصلا ولا مزاحما له بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف يكون لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب قال وما اوجب نقصان الثمن عند التجار عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب نقصانا عندهم ثم اذا وجدت من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاودته بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعد

لان في الباطن والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة
وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجدت منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند
المشتري بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع
قبل البلوغ ووجد عند المشتري ايضا قبل البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب
وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري ايضا بعد البلوغ يرده
لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين ان تكون من المولى او من غيره الا اذا سرق من
المولى شيئا للاكل فانه لا يكون عيبا فان التقصير حاصل من المولى حيث احوجه اليه
وان سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يامنه في حفظ ماله ولو سرق
الشيء اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم
ياخذ وفي الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان ابق من المولى او من
رجل كان عنده باجارة او عارية او وديعة بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الى
المولى او الى غيره ان لم يعرف منزله او لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه
اختلفوا فيه والاشبه ان يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا
وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها وبيوتها لا يكون عيبا قال
والجنون لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في
الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد
عند البائع في صغره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول
وقيل لا يشترط المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت انه كان به جنون عند البائع
يرده وان لم يعاوده في يد المشتري لانه قلما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده
عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره ان يكون اكثر من
يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا
قال والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية يعني هذه الاربعة يكون عيبا في الجارية
دون الغلام لانه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد الا في الغلام لان
المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به لانه يستخدمه من بعد وكونه ادم
او ابخر او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه الا ان يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى
او يكون الزنا عادة له لان الفاحش من البخر والدفر يكون من داء وهو عيب واتباع
النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها
لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد
رحمه الله في الامالي لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البائع فللمشتري

يشغله

لانها

١٦٦

ان يردها وان لم يزن عنده للحوق العار بها ولا دوام وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رحمه الله
رجل اشترى جارية فابقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق بالبينة فعيب الاباق
لازم لها ابدا وهذا نص على ان الاباق لا يشترط معاودته فعلى هذا يرجع المستحق
بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يردها عليه
به من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي
رحمه الله الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا ينقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا
عادة الا اذا اكثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه ولهذا
حده اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد قال والكفر يعني في
الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا
يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فيختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما
لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله يرده لفوات الوصف المرغوب
فيه لان استعباد الكافر اولى له مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرنا قال
وعدم الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمرار الدم امارة الداء وهذا
لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر انه لداء فيها فذلك الداء هو
العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها ولا تسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه
وهو الداء او الحبل فان لم يذكر احدهما لا تسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية
البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويعرف ذلك بقول
الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد
بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن ابي يوسف رحمه الله ترد بلا يمين البائع
لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضا وصح للعقد الضعيف
بحجة ضعيفة قال في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي ولو
ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وفي المديدة تسمع واقلها ثلاثة اشهر
عند ابي يوسف رحمه الله واربعة اشهر وعشر عند محمد رحمه الله وعن ابي حنيفة
وزفر رحمهما الله انها سنتان وحمله الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن دعواه
على ما ذكرنا سال القاضي البائع فان اقر بما ادعاه المشتري ردها على البائع وان
انكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجيء ان شاء الله
وان اقر بقيامه في الحال وانكر انه كان عنده يحلفه فان حلف برئ وان نكل رد
عليه وان اقام المشتري البينة على ان الانقطاع كان عند البائع قال في الكافي لا تقبل
لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتبين للقاضي كذبهم بخلاف ما اذا شهدوا انها مستحاضة لان

ايضاح

الصحيح

الاستحاضة دور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي ان
المرجع في الحبل الى قول النسا وفي الداء الى قول الاطبا واشترط لثبوت العيب
منها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول
امراة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوايد الظهيرية
ثم اذا ثبت العيب بقول المراة يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان المشتري
لا يرد بعيب حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البايع فلابد من اليمين قال
والسعال القديم لان دوامه يدل على الدا وينقص بسببه قيمته قال
والدين لان ماليته تكون مشغولا به وتقدم الغرما على المولى قال والشعر
والما في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى قال فلو حدث اخر عنده
المشتري رجع بنقصانه او رده برضا بايعه اي لو حدث عند المشتري عيب
واطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان وليس له ان يرده الا برضا
البايع لان في الرد اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولابد
من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع باخذه لانه رضي
بالتزام الضرر فيخير المشتري حينئذ ان شا رده وان شا رضي به وليس له ان يرجع
بالنقصان بعدما رضي البايع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من اخذه
بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان
وليس له ان ياخذ الثوب لامتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا
يقدر على اسقاطه وهنا امتنع الرد لحق البايع فيسقط باسقاطه ولا يقال
ان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول
اذا صارت مقصودة يقابلها وتصير مقصودة باحد امرين اما بالاتلاف
حقيقة كما اذا قطع البايع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف
واما بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشرع بان نقص او زاد لان الجزء
الفايت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا
لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان امكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه
بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن وصار
له حصة من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر
دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو
سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين رجع بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة
مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك رحمه الله يرد المشتري

المبيع

١٦٧

المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد المبدل
كرده فصار رادا لكل المبيع فيرجع بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري ليندفع
به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع وبعدما تعيب عنده لو رد
يتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنده ويعود اليه
معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن
فلا يصار اليه اصلا ثم لو رضي البايع باخذ المبيع بعينه فقد التزم الضرر
باختياره وليس له ان يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشي على البايع اذا
رضي باخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري اولى عند تعارض الحقين لما ان
البايع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فيترجح مراعاة حقه لانا نقول
ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا
فخاطه او صبغه لا تسقط عصمة صنعته قال ومن اشترى ثوبا فقطعه
فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث وقد بينا انه يمنع الرد
ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف ما اذا اشترى بيضا فكسره فوجد معاه
فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة رضي الله عنه والفرق له ان الكسر
افساد للمالية لانه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق
بسرقته فاختل فيها ماليته بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان عبدا او طعاما
فقتله او اكله قال وان قبله البايع كذلك له ذلك لان الامتناع لحقه
وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع للزيادة فيه حيث لا يكون له اخذه
لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال وان باعه المشتري لم يرجع
بشي لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضى البايع على ما بينا
فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان
لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب
وبعده بعد امتناع الرد لا باثر له قال فلو قطعه وخاطه او صبغه او
لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤيته العيب
يعني باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ
الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانه لا ينفك عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن
لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على ما ورد عليه العقد
والا لما كان فسخا ولو اخذه لكان ربا ايضا على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب
الزيادة لا باثر البيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة

على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع
الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة
في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا تمنع الفسخ فحاصله ان الزيادة نوعان
متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة
منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة ايضا نوعان متولدة من المبيع
كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها
مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل
وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الربا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ
الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة
غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ
سلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال ما لانه متولد من المنافع والمنافع
ليست بجزء للعين ولهذا لا يتبع الكسب في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاد
حتى لا يكون اكسابهم لهم ولا يلزم من حصولها للمشتري ان يكون مجانا لانه
ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان ومثله يطيب له الربح
لما روي انه صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري
وغيرهما وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده
بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان
رواه احمد وابو داود وابن ماجه فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون
المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخراجه عن ملكه
يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا
يمكنه الرد وان رضي به البائع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان
العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من
اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع
بنقصان العيب لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد
ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له الا بالتسليم اذ لا ولاية له
عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل
التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان **قال** او مات العبد
او اعتقه اي الخياطة ونحوها لا يمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع الصبغ بعد
الزيادة على ما تقدم وكذا لا يمنع موت العبد واعتاقه اما الموت فلانه لا يمنع لان

الملك

(هامش: الاسب)

الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة يثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع
رده حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد
به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان
لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان
وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه الاستحسان
ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الادمي يثبت على منافاة الدليل الى غاية
العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل كان الملك فيه باق
وتعذر رده ولهذا ثبت الولاية بالعتق وهو من اثار الملك وبقاؤه كبقاء الملك
والتدبير والاستيلاد كالعتق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك
حقيقة ولو اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان
العوض والمعوض ملكه فكان العتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال
لحصول العوض فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع
وهذا كما قلنا اذا ابق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع
خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده
فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب اباه او ابنه ثم اطلع على عيب
لا يرده لانه يكاتب عليه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان
لانه خلف عن الرد ولم يقع الياس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب
رده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي اشتراه فكان من حقوقه اليه كما لو اشترى
عبدا ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو
العاقد **قال** فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله او بعضه لم
يرجع بشيء اما العتق على مال فقد ذكرناه واما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو
مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار مستنفعا بعد الملك
من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كانه سلم له الضمان معنى الا يرى انه لو لم يكن
ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع بالنقصان لان قتل
المولى عبده لا يتعلق به امر دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء للملك
وجوابه ما ذكرنا وهذا بخلاف ما اذا صبغ الثوب او فعل فيه نحوه حيث يرجع
بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك امتنع الرد بسبب زيادة المبيع
لحق الشرع على ما بينا والعين قائم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما

(هوامش: على البايع ح — ن — لان امتناع الرد بفعله نصا بسبب القتل ح — كالاعتاق ح)

يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق واما اكل الطعام فالمذكور
هنا قول ابي حنيفة رضي الله عنه والقياس ان يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه
فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وجه الاستحسان
ان الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار
كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا اثر له فيه الا ترى ان البيع
مقصود بالشرا ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسايل ان الرد متى
امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته او من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك
بآفة سماوية او انتقص او ازداد زيادة مانعة من الرد او الاعتاق او توابعه
كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان اكل بعض الطعام
فكذا الجواب عنده وليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بنقصانه لانه كشي واحد
فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل
وليس له ان يرد الباقي لان الطعام كشي واحد يتعيب بالتبعيض واكل الكل لا
يمنع الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل لان
التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في الزائل
عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر
رحمه الله يرجع بنقصان الباقي قال ولو اشترى بيضا او قثاء او جوزا
فوجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي
به البايع لانه اسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله اذا كسر منه مقدارا ما لا بد
له منه للعلم بالعيب يرده لان البايع سلطه عليه فكانه فعله بنفسه قلنا رضي
بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب
على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته
قبل الكسر يرده لامكانه قال وان لم ينتفع به رجع بكل
الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره
وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد
فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر
بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن
لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان
باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيا بعد ما ذاقه
فلا يرجع عليه بشي لانه صار به اكلا للبعض وينبغي ان يكون على الخلاف الذي ذكرنا

بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتهلك من غيره امتنع

والله

في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا
يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضا قالوا هذا اذا وجده كله فاسدا
وان كان فيه قليل لب شي ياكله بعض الفقرا او يصلح للعلف فهو من قبيل العلف
وحكمه ما ذكرنا وقالوا في بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان
العيب لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا
وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن
التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثنان من كل مايه فليس له ان يخاصم البايع
بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل يبطل عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وعندهما يجوز بحصة الصحيح من الثمن منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه
ينقسم ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا يجوز عند
الكل لانه لم يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم قال ولو باع
المبيع فرد عليه بعيب بقضا يرده على بايعه ولو برضا لا اي لو اشترى شيا ثم باعه
فرد عليه بالعيب له ان يرده على بايعه ان كان رد عليه بقضا لان الرد بالقضا
فسخ في حق الكل فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي بغير قضا القاضي لا يرده
على بايعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرده به للتيقن به عند البيع
الاول والاصح انه لا يرده عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما
اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاوه على الكل
وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله ان يرده على بايعه وان كان بالتراضي
في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما
فجعل فسخا في حق الكل على ما نبينه في الاقالة ان شا الله تعالى وفي العقار اختلاف
المشايخ على قول ابي حنيفة رضي الله عنه والاظهر انه بيع جديد في حق البايع الاول
لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له ان يرده على بايعه كانه اشتراه بعد
ما باعه وعند محمد رحمه الله فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند ابي يوسف
بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين ان يكون قضا القاضي ببينة او باقرار
او بنكول لانه قضا فسخ في الكل وقال محمد رحمه الله لا يرد على بايعه ان رد عليه ببينة
لانه انكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على انه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا
فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بايعه اذا كان القضا باقرار او نكول
لان اقراره لا يتعدى في حق الغير فلا يكون حجة على بايعه فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ
بالتراضي وهذا لان القاضي مضطر الى القضا من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره

منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما في القتل
فانه يمكنه ان يأخذه ويضرب به واما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كالاكراه على الطلاق
والعتاق لانه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح ان يكون آلة له فيه اذ لا يقدر ان
يتكلم بلسان غيره والقاضي لا يصلح ان يكون آلة له فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر
سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم
بائعه قلنا المسئلة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي
جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضي فينفذ قضاؤه في حق
الكافة فكان له ان يرده على بائعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم
ملكه فصار كانه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد فصار
كانه لم يخرجه عن ملكه عليه بالعيب بقضاء القاضي حيث يكون ردا على الموكل لان
البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود ههنا بيعان فبفسخ احدهما لا ينفسخ الاخر فاذا
عاد قديم ملكه كان له ان يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال
لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكان لابي البائع
ان يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ او بعده فيما اذا كان المبيع
جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل فكانه لم
يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهو ثبوت
حق الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع
او بالحوالة فلا يسقط بالفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق
ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من
السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له
كانه لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ ابدا كان لم يكن
لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ
من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن في هذه الدعوى
دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كان لم يكن في حق المستقبل
دون الماضي **قال** ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
ولكن يبرهن او يحلف بائعه اي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال
ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو اوجبنا واخذ منه الثمن ربما يثبت
المشتري العيب فيسترد من البائع فيكون سعيا لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا
يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث انكر

تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البائع فيه
بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات
العيب وكيفية اثباته ان يقيم البينة اولا ان العيب الذي يدعيه وجد
بالمبيع عنده اي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان يرده
بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال انه زال فاذا اقام البينة انه وجد
فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على ان هذا العيب كان به عند البائع
لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق الرد عليه فاذا اثبت انه كان فيه عند
البائع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البائع وصورة التحليف
ان هذا العيب لم يكن فيه عندك وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجد
فيه عنده اي عند المشتري لان البائع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على
قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب
عنده وقيامه في الحال هل يحلف المشتري فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ومحمد
يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب
عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فان حلف برئ وان نكل يثبت قيام
العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف
برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه
في البينة واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فقال بعضهم يحلف لما
ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة
ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا
يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشياء الستة وهذا لان
البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد
من الدعوى الصحيحة وذلك بقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة
المحققة لا لانشائها ولو حلف البائع ههنا لا ينقطع الخصومة بينهما بل ينشأ لانه
اذا نكل يثبت قيام العيب فيه للحال ثم ينشأ خصومة اخرى فيحلف ثانيا
على انه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهي ان الشفيع اذا
تقدم الى القاضي بطلب الشفعة فان القاضي يسأل المدعى عليه عن التي يستشفع
بها فان اقر بانها ملكه صار خصما فيسأله هل ابتاع ام لا وان لم يقر ولم يكن
للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشتري ما يعلم انها ملكه فان نكل يثبت انها ملكه
ثم ينشأ خصومة اخرى فان القاضي يسأله هل ابتاع ام لا وهذا تحليف لانشاء الخصومة

عليه
ان علم البايع

ذكره القدوري رحمه الله ولم يحك فيه خلافا قال وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بائعه اي اذا قال المشتري شهودي في الشام استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم البيع لانه حجة فيه بخلاف الحد ودعوى لا يكون النكول فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه قال فان ادعى اباقا لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله ما ابق عندك قط اي اذا ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البائع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عند نفسه فان اقام حلف لما ذكرنا ان البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يحلفه وقد بيناه آنفا وقوله ما ابق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله ما ابق قط او بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البائع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا يرى ان المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل الغير وكذا الوكيل لو ادعى ان الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم ان لو ادعى انه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف اهي حادثة عند المشتري ام لا واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضى المشتري به واثبته بطريقه فحاصله ان العيوب انواع احدها ان يكون

ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البائع بقول الاطباء فيقبل في قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذ لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا تعرفها الا النساء كالرتق والحمل فيقبل في قيامه للحال قول امراة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من حلف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يرد بقولهن من غير يمين البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمها ما ذكرنا قال والقول في قدر المقبوض للقابض لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية او عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره وقال المشتري بعته وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البائع يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصة الاخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ووجد باخرهما عيبا اخذهما او ردهما حتى ليس له ان ياخذ المعيب بل ياخذهما او يردهما لان في اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف ومؤكدا لملك الرقبة وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها في حقه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزي في الاتمام الا يرى ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزئه فكذا تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هي لا تقبل التجزي في هذا المعنى ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال زفر رحمه الله ليس له ان يرده وحده لانه تفريق الصفقة ويتضرر البائع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمتنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا يرى انه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتمامه بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليسه

السليم ويرده

بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا يتفرق عليه الصفقة
قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم
معهما وان كان م

فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له
ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد
القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا امتنع التفريق
بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان
بكل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر
كزوجي الخف ومصراعي الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان بعد
القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجد باحدهما عيبا بعد القبض
فان كان قد ألف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده
قال ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه يعني اذا كان
من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا
وان كان اشياء حقيقة لان المالية والتقويم في المكيلات والموزونات باعتبار
الاجتماع والانضمام فصار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد
وهو الكر ونحوه وكذا يجعل رؤية بعضه كرؤية كله كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه
عيبا فاذا كان كالشيء الواحد ليس له ان ياخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده
كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا ولا فرق بين
ما اذا كان في وعاء واحد او وعائين وقيل اذا كان في وعائين يكون بمنزلة عبدين حتى
يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده قال ولو استحق بعضه لم يخير
في رد ما بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض المكيل والموزون لم يخير في رد
الباقي ولو استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون
لا يعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد
حق العاقد وتمامه برضا العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت
له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع
فيرده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل او الموزون
قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام قال
واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا
الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى فان الاختيار شرع هناك
للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل اختيارا للاجازة
لفات فائدة خيار الشرط واما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد
ليصل الى راس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفائت فاذا تصرف فيه تصرفا

لا يحل بلا ملك

لا يحل بلا ملك جعل ممسكا لوجود دليل الامساك والرضا قال و
الركوب للسقي او للرد او لشرى العلف اي لا يكون الركوب لسقيها الماء او لردها
على البائع او ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه يحتاج
اليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها محتاج اليه
في حاجة نفسه وقيل انما يكون له ذلك اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل
واحد او لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيف ما كان
لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة قال ولو قطع
المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا قد
سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس له ان يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع
غاية الامر انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع عند الوجوب فكان بمنزلة
عيب حادث عند المشتري فيتعذر الرد ويتعين الرجوع بالنقصان كما اذا
اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا
هذا وهذا لان الموجود في يد البائع سبب القطع وانه لا ينافي المالية فنفذ
البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه
وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع
بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع
من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه لا ينافي المالية ولهذا انعقد البيع
صحيحا ولو مات في يد المشتري تقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان سبب الوجوب وجد في يد البائع والوجوب يفضي
الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب
بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى منذر عن ابي حنيفة رحمه الله
انه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع
الثمن ولم يحك فيه خلافا قلنا ان تمنع ولئن سلم فالسبب الذي كان عند
البائع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في الولادة السلامة
ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الادمي
نصفه فيجب عليه مزيد له حسابه لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة
في يد البائع الا ترى انها تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا
عن الهلاك وقبض المشتري لا ينقض في النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا

قتل عنده بسبب يوجب القتل عند البائع لان النفس صارت مستحقة في يد البائع
فينقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري ان يمسك العبد يرجع
بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البائع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن
عند اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع حتف انفه يجب
ان يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البائع ثم
عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بينا وعنده
لا يرده بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد
قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب كان في يد البائع وان رضي البائع باخذه
يرجع بثلثة ارباع الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في يد المشتري فلا
يرجع به على احد ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخر او قتل يرجع الباعة
بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يرجع الاخر على بائعه بالنقصان
ثم هو لا يرجع على بايعه واصل الخلاف ان القطع او القتل بسبب كان في يد البائع
استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما
عيب فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه
لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا
وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القطع او القتل فانه لا يبطل حقه عنده
لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب
رضا به وفيما اذا اعتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده به فانه لا يرجع عنده
بشيء لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل والاشكال
ينقض بقول ابي حنيفة رضي الله عنه فيما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وفيما
اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري به وفيما اذا زنى عند البائع ثم
باعه وجلد عند المشتري فمات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان
عنده الا مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البائع لانا نقول المرض
والمقطوع عند البائع ما تأتي زيادة الالام وترادفها عند المشتري وهي لم
توجد عند البائع وزنا العبد يوجب الجلد والقتل غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم
يكن عنده بخلاف ما تقدم. قال ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم
الكل ولا يرد بعيب وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الا ان يعد العيوب
وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده
بناء على ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد

بالرد

بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة
لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول لا يصح البراءة من العيب
مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين ابي حنيفة رضي الله عنه في
مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة رحمه الله ارايت لو باع جارية في الموضع
الماني منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك
الموضع منها او منه ولم يزل يجادله هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة. قال
محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر رحمه الله
لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه عن صفة
السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البائع
وقت البيع ليملكه او ليبرئه بل هذا لبيان لايجاد العقد على وجه لا يوجب
استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا
بناء على انه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض
لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه يدخل
فيه القائم لا غير وعند ابي يوسف رحمه الله يصح لان غرضهما ايجاد العقد
على وجه يستحق فيه سلامة البيع عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب
به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة •

باب البيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الحكم
بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع
باصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد
الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير. قال
لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر وام الولد والمدبر والمكاتب لعدم
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشياء باطلة لما ذكرنا. قال
فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن
المالك وقيل يضمن لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول
قول ابي حنيفة رضي الله عنه والثاني قولهما والاصل فيه ان بيع ما ليس بمال لا يجوز
عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف انفها والمدبر وام الولد والمكاتب

والجرح

باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف انفها
مثل الموقوذة فان هذه الاشيا مال عند اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة
فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل
في حق نفسها حتى لا يضمن ولا يملك بالقبض لانها غير متقومة لما ان الشرع امر
باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان باطلا وذلك بان
يشتريها بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما
هي وسايل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم يكن مقصودة بان
كانت دينا في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه اعزاز
له لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا كانت معينة وبيعت
بعين مقايضة صار فاسدا في حق ما يقابلها في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره
صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها
وجعله البزدوي كالميتة لانه جزؤها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد
والمكاتب من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله صلى الله
عليه وسلم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في المدبر المطلق في الحال
لبطلان اهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى
ولو ثبت فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر وينفسخ
الكتابة اقتضا لانها تقبله بخلاف المدبر وام الولد قال في الايضاح اذا كان
احد البدلين مدبرا او مكاتبا او ام ولد ملك بالقبض لان الملك قايم بالمحل
وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا
هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم
وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية على انه باطل
في حق نفسه لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر وام الولد في يد المشتري فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع
وهما مال حقيقة ولهذا يملك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان به ضرورة كساير
الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان
يجب به وله ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان
حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما بل ليثبت
حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه
وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول اصح لان دخوله فيه

باطلا صح

في

١٦٩

في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه يضمن قيمة المدبر دون ام الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر ان جهة
البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان
بخلاف الغصب **قال** والسمك قبل الصيد اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد
لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر رواه احمد ومسلم وابو داود
وغيرهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لا تشتروا السمك
في الما فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملكه فلا يجوز نحو على وجهين
فاما ان يبيعه قبل ان ياخذه او بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه
ثم القاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة لا
يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي ان يكون على الروايتين
اللتين في بيع الابق بنا على انه باطل او فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن
اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت
للمشتري خيار الروية عند التسليم له ولا يعتد برويته وهو في الما لان السمك
يتفاوت في الما وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتيال له بان سد
عليه فوهة النهر او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل
لانه لما احتبس فيه باحتيال له صار اخذا له وملكه بمنزلة ما لو القاه فيه
وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له فصار كطير دخل البيت فاغلق عليه
الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهي الحظيرة للاصطياد فان هياها له ملكه
بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه
من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سوا امكنه الاخذ بغير حيلة
او لا لانه لم يملكه **قال** والطير في الهوا لانه غير مملوك له قبل الاخذ
وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر عنده
يطير منه في الهوا ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن اخذه من غير حيلة وعلى هذا
لو باع صيدا قبل اخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده او محبوسا في مكان
يمكن اخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم
ولو اخذه وسلمه ينبغي ان يكون فيه روايتان نحو ما ذكرنا في الابق ولو اجتمع
في ارضه الصيد فباعه من غير اخذه لا يجوز لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل
فيه النحل حيث يملكه لان العسل قايم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا
وجب في العسل العشر اذا كان في ارض العشر كالثمار وهذا اذا لم يهي ارضه لذلك

د
يتبين
على صح
لانه لم يملكه ولهذا لو باض فيها
صيد او تكفس او تكسر يكون
لمن اخذه صح

فان هيأها له بان حفر فيها بئرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيها صيد او تعلق
به ملكه لان الهيئة احد اسباب الملك الا ترى انه لو بسط طستا ليقع فيه
المطر فوقع فيه ملكه وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه
بالوقوع وفي النهاية لو دخل الصيد داره فاغلق عليه الباب كان الصيد له ولم
يحك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكره في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل
ويجوز ان يكون في المسئلة روايتان والا فلا فرق بينهما قال والحمل والنتاج
فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم واحمد وابو داود وفي رواية نهى عن بيع حبل الحبلة
وحبل الحبلة ان ينتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت رواه ابو داود ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في
ضروعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء
الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه احمد وابن ماجه والترمذي وفيه لان
غررا وقد نهى عنه صلى الله عليه وسلم على ما بينا والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة
لا يدري ايكون ام لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل
وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار بالانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سيحمله
الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه صلى الله عليه وسلم
قال واللبن في الضرع لما روينا ولما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع
ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر او لبن في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه
يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب
فيؤدي الى النزاع ولانه يحتمل ان يكون انتفاخا من الريح وليس فيه لبن قال
واللؤلؤ في الصدف لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه الصلاة والسلام الا ترى
انه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر
الصدف وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر
فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها
حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض ايضا قال والصوف على ظهر
الغنم لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان
لقيامه به كسائر اطرافه ولانه يزيد من اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن
بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها ويعرف ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لانه
يقلع والصوف يقطع فتنازعا في موضعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعه

لانه مال

لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان
لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار مالية اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي
فلم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا اثر له كما في الكراث وقوائم الخلاف والحجة
عليه ما روينا وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود وانما اجيز في
الكراث وقوائم الخلاف للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال
والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء
ذكر موضع القطع او لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام
دون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع
بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا
يضره ولو قطع البائع الجذع او قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل
فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان
وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية على ما بيناه
في اطراف الحيوان ونظيره ما لو باع خمرا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع
بزرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال
العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت
مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلاء وهذه
حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع
كالمهيأ للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من
الصبرة قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
او بغوص الصائد في الماء لما روينا فيه مفصلا ومجملا وهو النهي عن الغرر ولانه
مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال والمزابنة وهو بيع التمر على
رؤوس النخل بتمر مجدود مثل كيله خرصا لحديث انس رضي الله عنه انه صلى الله
عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه
البخاري والمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها
خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهي ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا
يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب
خرصا لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة بيع التمر بالتمر الا اصحاب العرايا
فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب

وعن كل تمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح
مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سواء رواه
البخاري واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول
فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجب بالنص والتفاضل محرم به وكذا
التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز ان يباع جزافا ولا اذا كان احدهما متاخرا
كما لو كان اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو
تفاوتا بيقين او كانا موضوعين في الارض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا
وتفسيره ان يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى
له في بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه قدره تمرا
مجذودا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم
القبض فصار بايعا ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة
مبتداة وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض ما اعطاه اولا فكانه
اتفق في الواقعة خمسة اوسق او دونه فظن الراوي ان الرخصة مقتصرة عليه
فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره اهل الفقه والحديث فكان
الحمل عليه اولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع
قال والملامسة والقاء الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية
وهو ان يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع
المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث
القاء الحجر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها لما روينا وعن ابي سعيد رضي الله عنه
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل
ثوب الاخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل ثوبه وينبذ
الاخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري ومسلم واحمد
ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا فصار في المعنى كانه قال للمشتري
اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة واللماس ان يقول
لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب البيع وفي المستصفى عن ابي حنيفة
رضي الله عنه ان يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع او يقول المشتري
كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته اليك او يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب
البيع والقاء الحجر ان يقول المشتري او البايع اذا القيت الحجر وجب البيع وفي سنن

ابي داود

ابي داود الملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه **قال** وثوب من ثوبين
لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى احدهما
على ان ياخذ ايهما شاء جاز وقد بينا انه يجوز الى ثلثة وحكمه اذا قبضهما **قال**
والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلا دون رقبة
الارض لان بيع الارض واجارتها جائز اذا كان مالكا لها وانما لا يجوز بيع الكلا
واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته في ارضه ما لم يحرزه لقوله
صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء في ثلثة في الماء والكلا والنار رواه احمد وابو داود
ورواه ابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وزاد فيه وثمنه حرام وهو
محمول على ما اذا لم يحرزه وقال صلى الله عليه وسلم لا يمنع الماء والنار والكلا
رواه ابن ماجة ومعناه ان لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء
من الابار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع الناس من الدخول في ارضه
واذا طلب احد الماء يلزمه احد الامرين اما ان يخليه يدخل فياخذ الماء بنفسه
او يخرج هو له فصار نظير ما لو وقع ثوب انسان في دار رجل بهبوب الريح فيه
وكذا لهم الاحتشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه
فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته وان
كان في ارضه لعدم الملك فيه ولانه استهلاك العين والاجارة لا تجوز
في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة اولى واجيزت في الصبغ والظئر
لكونها الة للعمل تبعا وضمنا وكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه
ان يستاجر الارض لايقاف الدواب فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه
من الثمن او الاجرة فيحصل به غرضهما هذا اذا انبت الحشيش بنفسه وان انبته
صاحب الارض بان سقاها او حرث حولها وهياها للانبات ملكه وجاز بيعه
وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا ينقطع
بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع ما ترعاه المواشي رطبا
كان او يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق
فلا يدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه يملكها بالنبات فيها والكماة
كالكلا وكذا لهم ان ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها والاتقاد من لهبها بدون
رضا صاحبها وليس له ان ياخذ من الجمر شيئا الا برضا صاحبه **قال** والنحل
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما وقال محمد والشافعي رحمه الله عليهما
يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لا يؤكل كالحمار ولهما انه

الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به والشي انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا لما ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي رحمه الله انه لا يجوز بيعه مع العسل وقال الشي انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال وبيع دود القز وبيضه اي يجوز بيعها وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يجوز بيعها وابو يوسف رحمه الله معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه ايضا معه لابي حنيفة رضي الله ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد رحمه الله ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المال فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا قال والابق اي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما تقدم دود القز لما روينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجته لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الابق ولو باعه ممن زعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الابق المطلق وهو ان يكون ابقا عند المتعاقدين وهذا ليس بابق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه اخذه ليرده على صاحبه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشتري الا ترى ان المقبوض على سوم الشرا مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة لتاكد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله بنا اذا اخذه لنفسه لا ليرده على صاحبه وهذا بنا على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه ابق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهوا

قبل الهلاك

قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقا العقد على ما كان دون الابتدا وعن ابي حنيفة رضي الله عنه يعود صحيحا لان المالية فيه قائمة فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز عن تسليمه فيفسد فاذا اتى قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم فصار كما لو ابق بعد البيع وكبيع الموهوب ثم افتكه قبل الخصومة وبه اخذ الكرخي وجماعة من اصحابنا رحمهم الله وبالاول كان يفتي ابو عبد الله الثلجي وجماعة من مشايخنا رحمهم الله ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القدرة فيه ولو علم حيوته في وقت العتق اجزاه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير او لليتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقي له من اليد يكفي في الهبة دون البيع قال الا ان يبيعه ممن يزعم انه عنده اي الا الابق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه قال ولبن امراة يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا كان في وعا وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه من حرة كان او من امة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر فصار كسائر المايعات الطاهرة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزئها ولهما انه جزء الادمي بدليل انه تثبت به حرمة المصاهرة لمعنى البعضية وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الا فيما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكمي مختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة في اللبن وكونه مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك البضع بالنكاح فانه ضروري لاقتضا الشهوة وابقا النسل فلا يدل على ان البضع مهان مبتذل ولان لبن الادمية في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل ايضا قال وشعر الخنزير وينتفع به للخرز اي لا يجوز بيعه ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز بيعه بشعره باعزاز في غير الادمي ونجاسته شعره بهوان المحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتاتى الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يكره

شعره

لان الخنزير ياتي بعينه والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح الحكمة فالشعر
اولى ثم لا حاجة الى شرايه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه ابو الليث
رحمه الله ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشرا ينبغي ان
يجوز لهم الشرا لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه
للبايع ولا باس للاساكفة ان يصلون مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر
الدرهم ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله لان الاطلاق
للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على الاصل
وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته قال
وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الادمي مكرم
فلا يجوز ان يكون جزؤه مهانا وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة
وانما لعنها للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم وعن محمد رحمه الله انه اجاز
الانتفاع بشعر الادمي استدلالا بما روي انه صلى الله عليه وسلم حين حلق
راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه
لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى الله
عليه وسلم على قصد التبرك نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل قلنا حرمة
الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل
الاستدلال بها ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوايبهن
قال وجلد الميتة قبل الدبغ يعني لا يجوز بيعه لما روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه ابو داود وغيره ولان نجاسته
من الرطوبات المتصلة به باصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب
الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليس باصل الخلقة فلا يمنع من جواز
البيع قال وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز بيعه عظم الميتة الى آخره لانه طهر بالدباغ
والعظم ونحوه طاهر باصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز
بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ
حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكاة الا جلد الخنزير فانه
نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما
كالسباع قال وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو بعدما سقط لان حق

التعلي

التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه
والهوا لا يمكن احرازه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البنا القايم ولم
بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا في
رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن
بالاتلاف حتى لو سقى به رجل ارضه يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن حتى
لو ادعى رجل شرا ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر
عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض وانما لم يجز بيعه
في رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة وان سقط العلو بعد البيع
قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته
ويجوز بيع الطريق وهبته والمسالة تحتمل وجهين احدهما بيع رقبة الطريق
والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسييل الماء فان كان الاول فالفرق
المراد به ؟
بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه واما رقبة
المسيل فمجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض مختلف بقلة الما
وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع رقبة النهر من غير اعتبار
المسيل او باع جزا شايعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثاني ففي
بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة
يجوز والفرق بينه وبين التسييل على رواية ابن سماعة ان حق المرور معلوم
وهو الطريق على ما بينا اما التسييل فمتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل
وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق
الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعة
ان حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض مال وهو عين فما تعلق به
كان له حكم المال وحق التعلي متعلق بالهوا والهوا ليس بعين مال ولا له حكم
المال فلا يجوز قال وامة تبين انه عبد وكذا عكسه اي لو اشترى او
باع شخصا على انه امة فتبين انه عبد او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع
وهذا استحسان والقياس ان يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه اختلاف
الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد
كما في البهايم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة او بالعكس لا يفسد
البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا
على انه خباز او كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه الاستحسان ان الذكر والانثى

من بني آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فإن المقصود من
العبد الاستخدام خارج الدار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ
والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنساً آخر غير الذكور ومن غيره
جنس واحد لتفاوت المقصود فإن المقصود منه اللحم والحمل والركوب
ونحو ذلك والأنثى والذكر من الحيوانات يصلحان لذلك فكانا جنساً واحداً
واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد ألا ترى أن الخل والدبس جنسان
لما قلنا وإن اتحد أصلهما ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى إذا اختلف
فيه المسمى والمشار إليه لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة
لتعريف الذات فإنه إذا قال هذا صار الذات معيناً ولا يشاركه فيه غيره
والتسمية لإعلام الماهية وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ في
التعريف ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه فكانت الاسان أولى
بالاعتبار في متحدي الجنس لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً والوصف
يتبعه فأمكن الجمع بينهما بأن يجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب
فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس
لأن المسمى فيه مثل المشار إليه وليس بتابع له فلا يمكن أن يجعل أحدهما
تبعاً للآخر فيعتبر الأعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الأصل في العقود
كلها كالإجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال
ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلاً عند بعض
المشايخ لأنه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم وقال بعضهم
إنه فاسد وهو اختيار الكرخي رحمه الله لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره فصار
كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد والإجارة مثل البيع
لأنها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح وأشباهه لا تفسد بالشرط الفاسد
ولكنه ينظر إن كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة أو
المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كأنه سماه ولم يشر إلى شيء وإن لم يمكن
ضبطه يجب مهر المثل كأنه لم يسم شيئاً لأنه لا يصلح أن يثبت في الذمة
وشراء ما باع بأقل قبل النقد ومعناه أنه لو باع شيئاً وقبضه المشتري ولم يقبض
البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الأول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله
يجوز وهو القياس لأن الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأي قدر كان من
الثمن كما إذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الأول أو بأكثر أو بعرض

أو بأقل بعد النقد ولنا ما روي عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت
على عائشة رضي الله عنها فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين
إني بعت غلاماً من زيد بثمانمائة درهم نسيئة وإني ابتعته منه بستمائة نقداً
فقالت لها عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت إن جهاده مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل إلا أن يتوب رواه الدارقطني فهذا
الوعيد دليل على أن هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأي فدل على
أنها قالته سماعاً ولا يقال قد روي أنها قالت إني بعته إلى العطاء فلعلها أنكرت
عليها لذلك لأنا نقول كانت عائشة رضي الله عنها ترى البيع إلى العطاء ولأن
الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة
التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقي له عليه فضل بلا
عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما إذا اشتراه
بمثل الثمن الأول أو أكثر لأن الربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل المبيع
في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولده وولد ولده وعبده
ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
يجوز في غير العبد والمكاتب لأن الأملاك متباينة بخلاف المملوك لأن كسبه
لسيده وله في كسب المكاتب حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله أن شراء
هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل
في البيع إذا عقد مع هؤلاء ولو اشترى ما بيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضاً
لأنه لما باع بإذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالأقل وكذا لو وكل رجلاً
ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل
مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز أما شراؤه لنفسه فلأن
الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء البائع من وجه والبائع
من وجه كالبائع من كل وجه في باب الحرمات وأما لغيره فلأن شراء المأمور
واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشترى
وارث من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام
المورث بخلاف ما لو اشترى من البائع بأقل مما باع به مورثه فإنه يجوز وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز كالفصل الأول والفرق على ظاهر الرواية
أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البائع لم
يقم مقام البائع في هذا الشراء لأنه لم يملك الشراء بطريق الإرث لأنه كان يملك

الشرا لنفسه حال حياة مورثه فكان كالاجنبي في ذلك واما وارث المشتري
فقائم مقام المشتري في هذا البيع لانه ولانه المبيع له من احكام ملك المورث
فانه ما كان يملك البيع حال حياة مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث
المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الارث صار بيع الوارث وبيع المورث
سوا فكما لا يجوز بيع وارثه وشرطنا ان يكون الشرا من مشتريه او من وارثه
لانه لو باع المشتري من رجل او وهبه من رجل او اوصى لرجل ثم اشتراه البائع
الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين اصله
حديث بريرة رضي الله عنها حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا
هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينقص لانه اذا تعيب المبيع في يد
المشتري فباعه من البائع باقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن
وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما
خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان
مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا ان يكون النقصان من حيث
الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراوه باقل مما باع لان
تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه
المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا
اشتراه بجنس اخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان
الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان
العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول
لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجري ربوا
الفضل بينهما ولنا انهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما
واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبنا
المحرم على المبيح لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وغلب
الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف فقالا بعناكه بالف كل نصف
بخمسمائة ثم اشتراه احدهما بخمسمائة قبل النقد فسد في نصفه لانه شرا ما باع
باقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسمائة لانه ما باع ولا
بيع له ولو قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم اشترى احدهما كله بخمسمائة فسد
في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له واما
نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وان اشترياه معا

في هذه الصورة صح شرا كل واحد منهما في ثمنه بمن الثمن لانه لو اشتراه احدهما
صح شراوه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفا شايعا صح شرا كل واحد
منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمسمائة
صح شرا كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شايعا
نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه
له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح
لان احد النصفين باعه بنفسه والنصف الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل
فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الاخر لانه ما باع ولا بيع
له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما الوكيل فلانه باع واما
الموكل فلانه بيع له **قال** وصح فيما ضم اليه اي صح البيع فيما ضم الى المشتري
بان اشترى جارية بالف ثم باعها واخرى معها بالف من البائع قبل نقد الثمن مثلا
جاز البيع في التي لم يشترها من البائع ويفسد في الاخرى لانه لا بد ان يجعل
الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد
ولا يسري الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه
صح او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او
المقاصة فلا يسري الى غيرها **قال** وزيت على انه يزنه بظرفه ويطرح
عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح بوزن الظرف
اي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على انه يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون
مكان كل ظرف خمسين رطلا ويجوز ان شرط ان يطرح بوزن الظرف لان
الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد
ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون اكثر من
الظرف او اقل الا اذا عرف ان وزنه خمسون رطلا حينئذ يجوز لانه يقتضي
العقد **قال** وان اختلفا في الزق فالقول للمشتري لانه المنكر
بيانه انه لو اشترى سمنا في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال
فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة ارطال لانه ان اعتبر اختلافا
في الزق فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع وان
اعتبر اختلافا في ثمن السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار الثمن فيكون
القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف في الثمن
لان الاختلاف في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الظرف والاختلاف في الظرف

لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد ولا معقود عليه اصلاً فكذا فيما
ثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف القياس
فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا ضرورة ان كل واحد منهما
يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الزق ليس في معناه فلا
يلحق به **قال** ولو امر مسلم بشرا خمر او بيعها صح وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا
توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما ان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل
ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسيا بان يزوجه
مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار كانه
باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل
بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن ويرد
الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الوكيل اصل بنفس التصرف والموكل بحكم التصرف الا ترى انه يملك الخمر
والخنزير بالارث بان كانا لذمي فاسلم فمات قبل ان يسيب الخنزير ويخلل الخمر
ترثه ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصير يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم
المجوسي ان يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل
وبخلاف ما اذا اتهب كافر لمسلم خمرا لانه سفير كالتزويج فيقع الحكم فيه للمسلم
ابتدا وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث
فيه لقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم بيعها حرم شراها واكل ثمنها وفي
التوكيل بشرا الخمر يملكها حكما فيخللها لانه منع الانتفاع بعينها فله ان يتصرف
فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها او تخمر عصيره وعليه ثمنه
يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته حكما فيلزمه البدل وان
كان خنزيرا سيبه وقولهما لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله منقوض
بمسائل منها ان رجلا لو وكل غيره بشرا عبد بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه
فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له يملكه ومنها اذا مات ذمي وخلف خمرا يامر
القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك هو بيعها ومنها لو كان مسلم وصيا لذمي وتركت
خمر يامر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو واما نكاح المجوسية فان
المسلم لا يملكه ابتدا ولا بقا فلا يمكن اثباته له حكما لتصرفه بخلاف ما نحن فيه
على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم اهل لملكها والمقصود من النكاح

الحل ولا يفيد الحل فيلغو **قال** وان باع امة على ان يعتقها المشتري او يدبرها او يكاتبها
او يستولدها اي لا يجوز بيع امة على ان يفعل بها المشتري شيا من هذه الاشيا لنهيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والاصل فيه ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو
غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة لاهل
الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك
للمشتري او شرط فيه الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهما للتوثقة والتاكيد
لجانب الاستيفا والمطالبة لان استيفا الثمن مقتضى العقد وموكده ملائم
له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين او شرط فيه ما ورد
به الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جرى التعامل فيه من الناس
كشرا النعل على ان يحذوها البائع او يشركها او شرط ما لا منفعة فيه لاهل
الاستحقاق واهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والاجنبي
لا يفسد البيع لورود الشرع به او التعامل او لكونه ملائما وما عدا ذلك من
الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيفضي الى الربا او لانه يقع
بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات
قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب **وقال** الشافعي رحمه الله يجوز البيع
بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه لان بيع العبد
النسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو
يقتضي الاطلاق اي تصرف شا لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له
كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة ان يبيعه
ممن يعرف انه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة او نذر
وقيل تفسيره ان يعده المشتري قبل الشرا ان يشتريه من غير شرط في العقد
ولو اعتقه المشتري جاز البيع عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجب عليه الثمن
وقالا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فبتحققه
يتقرر الفساد ولا يرتفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا اتلفه بوجه
اخر وجه الاستحسان ان اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد
على ما بينا ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشي بانتهائه يتقرر
فلوجود صورة الشرط قلنا بفساده فاذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملاءمة
وهو الانها فكان الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود
صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع

جارية بشرط أن يطأها المشتري أو بشرط أن لا يطأها فسد البيع عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأن العقد لا يقتضيهما لأن قضيته الإطلاق في الانتفاع لا الحجر منه ولا الإلزام وقال أبو يوسف رحمه الله صح في الأول لأن العقد يقتضيه وفسد في الثاني لأنه لا يقتضيه وعند محمد رحمه الله صح فيهما لأن الثاني لم يقتض العقد فلا يرجع نفعه إلى أحد فكان شرطا لا مطالب له فلا يؤدي إلى النزاع فلا يفسد قال أو إلا حملها أي لا يجوز بيع أمة إلا حملها لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناؤه و لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والإجارة والكتابة والرهن لأن هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط أي ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد وله أن يخرج لأن الكتابة تشبه البيع من حيث أن العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للأم في هذه العقود تصديقا حيث صار هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية لإنسان إلا حملها صح وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده صح قال أو يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشتري درهما أو يهدي له أو يسلمها إلى كذا وثوب على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا لأن هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لأحدهما فيفسد ولأنه إن كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو إجارة مشروطة في بيع وإن لم يكن بمقابلته شيء فهو إعارة مشروطة فيه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة ولأن الأجل يختص بالديون لأنه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل به دون الأعيان إذ هي حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها إلى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا قال وصح بيع نعل على أن يحذوه ويشركه وقال زفر لا يجوز وهو القياس لأن فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه ومثله يترك القياس ولهذا أجزنا الاستصناع واستئجار الصباغ

بلغ

والظئر

والظئر والحمام وإن كانت إجارة على استهلاك الأعيان قال لا البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر المتعاقدان ذلك يعني لا يجوز البيع إلى هذه الآجال لأنها مجهولة فيفضي إلى المنازعة وقالوا إذا باع إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لأن مدة صومهم بالأيام وهي معلومة قال وإلى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف أي لا يجوز البيع إلى هذه الآجال لأنها تتقدم وتتأخر فيكون مجهولة وهذا لأن هذه الأشياء أفعال العباد وهي تختلف بحسب ما يبدو لهم والآجال شرعت بالأوقات قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا إلى الجذاذ بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع وفي غيرهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس أن يوطأ الطعام بالدواب قال ولو كفل إلى هذه الأوقات صح لأن جهالتها يسيرة وهي متحملة في الكفالة لكونها تبرعا فيجري التسامح فيها بخلاف البيع لأنه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة فإذا كانت يسيرة أمكن رفعها باقتضائها بخلاف ما إذا كانت فاحشة كالكفالة إلى هبوب الريح لأن الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا من غير أن يقابله شيء وفي النذر يتحمل الجهالة وإن كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا يتحمل الجهالة في المعاوضات وإن كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين ألا ترى أن الجهالة في الكفالة يتحمل في أصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح فالوصف وهو الأجل أولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول أصلا فكذا في وصفه قال ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح أي لو باع إلى هذه الآجال ثم أسقط المشتري الآجال قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لأن العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا بإسقاط المفسد كما إذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما إذا تزوج امرأة إلى عشرة أيام ثم أسقط الأجل ولنا أن المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلف الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند إزالته أو نقول العقد موقوف فبالإسقاط تبين أنه كان جائزا على ما قال مشايخنا هو الصحيح لأن فساده باعتبار أنه يفضي إلى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد

والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد
ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان
الفساد فيه في صلب العقد لانه في احد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح
لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا اخر وقوله ولو اسقط
الاجل قبل حلوله اي اسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لان الاجل حقه
فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في مختصره فان
تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا مخرج الشرط لان رضى من له الحق يكفي
ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تاجيل الدين والجهالة
في تاجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان
الجهالة مقارنة له فيفسد **قال** ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة ذكية
وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره او بين
ملك ووقف صح في القن وعبده والملك اما الاول فالمذكور على الاطلاق قول
ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذ كية
والا فلا لانه اذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد
بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه يقع بيعا بالحصة ابتداء وهو لا
يجوز وله ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالحصة والفساد فيبطل وهذا
لان الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول
العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل واما الثاني
فهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور
ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد
فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين
لابي حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع
ثم ينتقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل
الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا
بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح
المحللة اذا ضم اليها المحرمة ينعقد عليها جملة والدليل على ان المدبر وام الولد تمام
والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع ان القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وام الولد
ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح وفي عبد الغير باجازة مولاه ولولا
انهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما يخرجون من العقد

لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا

بعد

بعد الدخول لاستحقاقهم انفسهم في المدبر وام الولد والمكاتب وفي عبد
الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما
اذا جمع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد
على الوقف لانه صار محررا عن الملك والتمليك فصار كما لو جمع بين حر وعبد
ذكره الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف مال
ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا
يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل
العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار
كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال
في المحيط فلم يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال
متقوم الا ترى انه يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا
فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعلنا مستثنيا للمساجد
فيكون كانه باعه غير مواضع المساجد

فصل

وقبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع
بقيمته معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفي
العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك
وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض
بامر البائع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له
من اذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفى بالدلالة لان البيع تسليط منه
على القبض اذ مراده ان يملكه المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك
تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون
تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التمليك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته
هذا اذا لم يقبض البائع الثمن او قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير
وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج الى التصريح
به وان كان بعد المجلس وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال
ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه
فاسدا والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد وقوله ملك
المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند محمد رحمه الله يعتبر

قيمته يوم اتلف لانه به تقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من
ذوات الامثال تملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل
عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق
لا تملك العين وانما تملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا
بما قال محمد رحمه الله انما جاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال ايضا من
اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها
الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطيها ولو وطيها يجب عليه العقر اذا
رفع الفساد وردها الى البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه
كالامة الموهوبة تحل له وطيها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها
وكذا لو ربح فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له اكل طعام
اشتراه شراء فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح ان الاب
او وصيه لو باع عبدا للصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان
الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق ولا التسليط
عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشتري
بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على
البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب وانما لم يحل له التصرفات
من الوطي والاكل ولم يجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطي ونحوه اعراض
عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي بالشفعة تاكيد الفساد وتقريره
وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على انه لا تملكه اذ المشتري تصرف
في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا تملك
بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي
يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل
المطالب فلا يناط به اذ لا ملايمة والملايمة شرط بين الاثر والمؤثر ولان النهي
نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهي
يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا الا ترى انه لا
يفيده قبل القبض وبه تزداد الحرمة والفساد فانا نثبت له الملك فيه فصار
كالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال
وفيه الكلام والنهي عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي

عن الافعال

عن الافعال الحسية لان النهي يقتضي التصور ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للا سان
لا تطر لعدم التصور منه فاذا كان من شرطه التصور فتصور الافعال الشرعية
بالشرع فاذا لم يكن مشروعة لم يكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقة النهي تصرف
في المكلف بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل على حاله فاقتضى وجوده ووجوده
بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والافعال الحسية متصورة بذاتها
فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل بازالته
من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الاخر وتعيين
هذا ان النهي عن العقود المشروعة لا يخرجها من ان يكون مشروعة وانما يحرم
مباشرتها ويحصل الحكم بذلك السبب مع بقائه سببا له عندنا كما اذا كان
النهي لمعنى في غيره كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير
انه محظور ولا يقال البيع عند الاذان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في
نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيهما لمعنى في غيره لكن ذلك
الغير في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان
النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى انه لولا الشرط لجاز العقد غاية الامر ان الوصف
اقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته
غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة في انعقاده فاسدا لا يفيد الملك الا بالقبض
وهذا لانه لو اوجب الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان
القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب
الامتناع عن المطالبة اولى وذلك بعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض
يؤدي الى تقرير الفساد من حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض
يتقرر العقد وقوله وبينهما تناف قلنا لا تنافي اذ محل مشروعا من وجه دون
وجه على ما بينا والميتة ليست بمال في حق احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر
هي ح بالدراهم فقد جعلها مثمنا وح لا يجب بالعقد فلو انعقد لوجب ثمنها لتعذر
تسليمها والقيمة لا تصلح مثمنا وانما تكون ثمنا اذ لا عهد لنا في الشرع ان يكون
القيمة مبيعا في صورة من البياعات **قال** ولكل منهما فسخه نص على كل واحد
منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله وان اساتم
فلها اي فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد
لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل
من فسخه من غير رضا الاخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه

دون علمه واما بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الى
احد البدلين كالبيع بالخمر او الخنزير فلذلك ينفرد احدهما بالفسخ لقوة الفساد ولو
كان الفساد لشرط زائد بان باع الى اجل مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين
يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الاخر عند محمد رحمه الله لان منفعة الشرط
اذا كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح
لقدرته عليه فلو فسخ الاخر لابطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق
النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له الشرط قادر على تصحيحه بالحذف
والكلام فيما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه في الكل وعند ابي يوسف
رحمه الله لا يشترط علمه **قال** الا ان يبيع المشتري او يهب او يحرر او يبني
اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع
بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفا
يقبل الفسخ او لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد
لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشرا عذر فتفسخ والنكاح
لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات
يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق
الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغنا الله بخلاف حق الشفعة
حيث ينقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكانت اولى لسبقه ولانه بالعتق
قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه والاول مشروع باصله
دون وصفه فكان الثاني اولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها
فكانت اولى ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البائع فلا ينقض بخلاف الشفيع
حيث ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما
لازمان الا انه اذا عجز المكاتب او فك الرهن يعود حق الاسترداد سوا كان
قضا او بغير قضا لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب يعود
حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسخا
قبل قضا القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه
بعد لزوم القيمة بقضا القاضي فلا ينقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب
اذا ابق ثم عاد بعد ما قضي على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق
الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد
بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه

لزوال المانع وكذا الرجوع في الهبة عاد حق الاسترداد

وقوله او يبني

وقوله او يبني اي ينقطع حق الاسترداد ببنا المشتري في العقار المشترى
شرا فاسدا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف
الغرس لهما ان حق البائع في الاسترداد اقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى
يحتاج في الاخذ بالشفعة الى القضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق
البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبنا والغرس فهذا اولى وله ان
البنا والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه
في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا
يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية
عن ابي حنيفة رضي الله عنه ونص محمد رحمه الله ان للشفيع ان ياخذ العقار المشترى
شرا فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة
ما دام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم ان حق البائع
في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا اخذه الشفيع ياخذه بالقيمة
كما اذا باعه المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول
وينقض الثاني وان شا اخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه بيع صحيح فامكن ايجاب ثمنه
فاذا اخذه هنا بالشفعة ينقض البنا والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال
اذا نقض الشفيع البنا عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد
ما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه ان المشتري متى فعل
بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البائع في الاسترداد
كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روي عن محمد رحمه الله ان البائع بالخيار
ان شا اخذه واعطى ما زاد فيه الصبغ وان شا ضمنه قيمته كما في الغصب
قال وله ان يمنع المبيع عن البائع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد
قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه لان
المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشتري
احق به حتى يستوفي الثمن لانه يتقدم عليه حال حياته فكذا يتقدم على تجهيزه بعد وفاته
وعلى هذا ارباب الديون والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة
او ارتهن رهنا فاسدا او اقرض قرضا فاسدا واخذ به رهنا له ان يحبس ما استاجر
وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لانها معاوضة توجب
التسوية بين البدلين فان مات الموجر او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده
من المقبوض من سائر الغرما ولو اشترى من مديونه عبدا بدين سابق له عليه شرا فاسدا

وقبض العبد باذن البائع فاراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري
ان يحبس العبد ليستوفي ما عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا الاجارة بدين سابق
عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد
العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن
الفاسد لو كان بدين سابق عليه **قال** وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري
اي لو اشترى شيئا يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد
منهما طاب للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد
يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله
في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث الذي لفساد الملك
وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه
يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لتعلق العقد بملك الغير
فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع
وتقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل
الى شبهة الشبهة فلا تعتبر فصار في الحاصل ان الاموال نوعان ما يتعين بالعقد
وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرنا بما
فتامله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد ام لا قيل يتعين
لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار
كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو رواية ابي سليمان والثاني
رواية ابي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب
قال ولو ادعى على اخر دراهم فقضاها اياه ثم تصادقا على انه لا شيء عليه
طاب له ربحه اي ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب
بتصادقهما اولا فملكه ثم استحق بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك
الا ترى انه لو باع عبدا بجارية فاعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل
العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وكذا
لو حلف ان لا يفارق غريمه حتى يستوفي دينه منه فباعه عبد الغير بالدين وقبضه
الحالف لان المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف
بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو سبب خبث لكونه مملوكا بملك الغير لا يعمل
فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل **قال** وكره النجش والسوم على سوم
غيره والنجش بفتحتين ويروى بالسكون ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو لا يريد

شراها

وانما

شراها بل ليراه غيره فيقع فيه وكرها لما روي عن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه
وسلم نهى عن النجش وعن ابي هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم نهى ان
يبيع حاضر لباد وان تناجشوا رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال
صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم على سوم غيره
وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه رواه احمد ومسلم
والبخاري والمراد بالبيع الشراء وروى احمد عن ابن عمر رضي الله عنه انه عليه
الصلاة والسلام قال لا يبيع احدكم ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له
وروى النسائي انه صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه حتى يبتاع
او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان
الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان
يزيد الى ان تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح قلب البائع الى البيع
بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره
ان يشتريه بازيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال انس رضي الله عنه انه صلى الله
عليه وسلم باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع الفقراء
والحاجة ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي
قال وتلقي الجلب اي كره تلقي المجلوب وصورته ان واحدا من اهل المصر
يتلقى الميرة فيشتري منهم بما يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضي
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب رواه احمد والبخاري ومسلم وعن ابي هريرة
رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يتلقى الجلب الحديث رواه احمد ومسلم
وغيرهما من ائمة الحديث هذا اذا كان يضر باهل البلد بان كانوا في قحط وان كان
لا يضرهم فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين **قال** وبيع الحاضر
البادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر
لباد قال لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم وعن جابر رضي الله عنه
انه صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض
رواه مسلم واحمد وابو داود وغيرهم وقال انس رضي الله عنه نهينا ان يبيع حاضر
لباد وان كان اخاه لابيه وامه رواه البخاري واحمد ومسلم وقال ابن عمر
رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي
وتفسيره ما ذكرناه وعن ابن عباس رضي الله عنه وفي الهداية هذا اذا كان اهل البلدة

في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار
بهم وأما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار
هو أن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من
السعر الموجود وقت الجلب **قال** والبيع عند أذان الجمعة لقوله تعالى وذروا
البيع ولأن فيه إخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بأن قعدا للبيع أو
وقفا له وذكر في النهاية أنهما إذا تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به وعزاه إلى
أصول الفقه لأبي اليسر وهذا مشكل فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه
في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي والأذان المعتبر في تحريم
البيع هو الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة
قال ـــ لا بيع من يزيد أي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه **قال** ولا يفرق
بين صغير وذي رحم محرم منه سواء كان الآخر صغيرا مثله أو كبيرا لقوله صلى الله عليه
وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد
والترمذي وعن علي رضي الله عنه أنه قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين
أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما
إلا جميعا رواه أحمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين
فبعت أحدهما فقال لي ما فعل غلاماك فأخبرته فقال لي رده رده رواه الترمذي
وابن ماجه وعن أبي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد
وولده وبين الأخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي رضي الله عنه أنه
فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه
أبو داود والدارقطني ولأن الصغير يستأنس بالصغير والكبير ويتعاهده ويشفق والكبير
عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق
بينهما إيحاش الصغير وترك المرحمة عليه وقال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم
صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما
له والآخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما لأن الملك متفرق فلا يمنع وله النهي
عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير
محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع أحدهما بالجناية
وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يكره
من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهذا المولى لأنه يتضرر بإلزامه وهذا
الفداء في الجناية وإلزامه القيمة للغرماء وإلزامه المعيب عن احتباس وكذا

لا بأس

لا بأس بالتفريق إذا تعذر إخراج أحدهما بالتدبير أو الاستيلاد أو الكتابة لما ذكرنا
وله أن يعتق أحدهما وإن كان فيه تفريق لأنه أنفع له من إبقائه على الرق ولأنه
ليس بتفريق معنى لأن الحر يقدر أن يدور معه حيث دار وكذا له أن يبيع أحدهما
ممن حلف بعتقه إن اشتراه أو ملكه لما ذكرنا في الإعتاق ولو كان الولد مسلما
وأمه كافرة بأن أسلم أبوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لأنه
خير له من إبقائه في ذل الكافر وفي النهاية هذا كله إذا كان المالك مسلما حرا كان
أو مكاتبا أو مأذونا له في التجارة وأما إذا كان كافرا فلا يكره التفريق لأن ما فيه
من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستويان في
دونهما القرب بأن اختلفت جهة قرابتهما له لا يفرق بينهما ولا يباع واحد منهما وذلك مثل الأب
والأم أو أخت لأب وأخت لأم أو أبوين إذا ادعاه رجلان معا أو عمه وخالة لأن لكل واحد
منهما شفقة ليست للآخر وله بكل واحد منهما استئناس بخلاف الاستئناس بالآخر وإن
اتحدت جهة قرابتهما كالأخوين أو الخالتين أو العمتين لأب وأم أو لأب أو لأم يكتفى
بأحدهما معه لأن حق الصغير مرعي به فيبيعه أو يتركه مع الواحد منهما لأنه يستأنس
به ويقوم بحوائجه وإن كان أحدهما أقرب من الآخر كما لو كان مع الأم أو الجدة
عمه أو خاله أو أحد الإخوة أو الأخوات أو كان مع الأخت لأب وأم أخت
لأب أو لأم لا يعتد بالأبعد لأن شفقته مع شفقة الأقرب كالمعدوم وقد نفذ
البيع في الكل لأن النهي لغيره وهو ما فيه من إيحاش الصغير والإضرار بأهل البلد
أو بالواردين إذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه أنه يفسد
في الجميع لما روينا أنه صلى الله عليه وسلم رد البيع في الولاد وأمر بالرد في غيره
وهو لا يكون إلا في الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فينعقد
معنى والنهي لمجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الأذان وكشراء ما
استامه غيره والمروي محمول على الإقالة أو على بيع الآخر ممن باع منه أحدهما
قال بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما لأن النص ورد على خلاف
القياس في القرابة المحرمة للنكاح إذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لأن الكبيرين
أو الزوجين وإن كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الأكوع رضي الله
عنه أنهم أصابوا من فزارة سبيا وفيهم امرأة بنتها معها فنفله أبو بكر ابنتها وكان عليهم
أميرا فلما قدموا المدينة قال له النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فذكر أنها
أعجبته ولم يكشف لها ثوبا فوهبها له فبعث بها صلى الله عليه وسلم

الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المراة والحديث فيه طول
رواه احمد ومسلم وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا اختين
ولو كان مع امراة صبي ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب
على الغير ولا يفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع
الاحتياط وقد وجد فيه امارة الصدق ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى
الولد كره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه فبعد يصير مفرقا بالتنفيذ ولو كان في ملكه
صبي واشترى امه بشرط الخيار له ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رضي الله عنه
فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر
به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه والله اعلم بالصواب

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازالة القول الاول وهو ما
جرى بينهما من البيع كاشكى اذا ازال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع
بالكسر فدل على ان عينه يا ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد لا لو اقاله البيع
قيلا وهذا ادل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله صلى الله عليه وسلم من
اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيمة قال هي فسخ في حق المتعاقدين
بيع في حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا ان لا يمكن جعله فسخا بان ولدت
المبيعة بعد القبض او هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع
على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ
لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين
فتبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق
الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف رحمه الله هي بيع الا
ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاك احد
العوضين في المقايضة فتجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل
القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس اخر او بعد هلاك
السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول
قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه وقال محمد رحمه الله
هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه
او ولدت المبيعة بعد القبض فتجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا

بان كانت

بان كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول او بجنس اخر فتبطل ويبقى البيع الاول
على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل
من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول وهو لو
سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد رحمه الله ان اللفظ موضوع
للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو
البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف رحمه الله
انها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون
الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا
تبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه احكام
البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او محتمله ولابي حنيفة رضي الله عنه
انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء
العقد اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان
محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه
بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى
الصيغة فيحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال ويصح بمثل الثمن
الاول وشرط الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه الثمن الاول وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على عين
ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز الاقل اشتراط و
عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات
بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان
ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر
عن المستقبل كالنكاح وعند محمد رحمه الله يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو
كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة لا يكون بيعا بالاجماع وفائدة كون
الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل احدها انه يجب على البائع رد
الثمن الاول وما سميا بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد البائع المبيع
حتى باعه ثانيا منه جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من
غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري
بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لا تنفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع

للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن
ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه وقوله بيع في حق
غيرهما تظهر فائدته في خمس مسائل احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة
ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه فكأنه اشتراه منه والثانية
اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع فاراد ان يرده
على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى
شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه
منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء
جديد من المشتري الثاني والرابع اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا
ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في الواهب بمنزلة المشتري من المشتري
منه والخامس اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليه الحول
فوجد به عيبا فرده بغير قضا واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه
الزكاة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضا اقالة
وقوله بيع في حق ثالث يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على
اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد
من غير شرط واما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زائد فالاقالة
فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا
قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم
ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذي
باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الا ترى ان المشتري لو رد المبيع
بعيب بقضا وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ
عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا
لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه
باعه من البائع بطعام غير معين وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول او اجود منه
يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البائع بمثل الثمن الاول
وقال الفقيه ابو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل
المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط
او بعيب بقضا يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة
والرد بعيب بغير قضا قال وهلاك المبيع يمنع اي يمنع صحة الاقالة لان

شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى
بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس بمحل للعقد فلا
يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكما
للعقد وحكم الشيء يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان
بينهما تناف ولهذا يبطل بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال وهلاك
بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل
فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلكت احدهما صحت الاقالة في الباقي
منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز
لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان في الصرف حيث يجوز الاقالة بعد هلاكهما
لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك
لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا
قائمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل المقبوض من
جنسه فعلم بذلك انه لا تعلق له بالمقبوض الا ترى انهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان
لا تبطل الاقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق
باعيانهما كالبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما

باب التولية

وهي ان يجعل غيره واليا فكأن المشتري يجعل المشتري منه واليا فيما اشتراه ثم انواع
البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي
لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وهي البيع بانقص
من الثمن الاول قال هي اي التولية بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة
وهذا احسن من قول بعضهم نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى
لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة
وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقدان جائزان شرعا
لاجتماع شرائط البيع ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى التجارة
يحتاج ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي فيها وتطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه
ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة
الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما ولما اراد صلى الله عليه وسلم

الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له صلى الله عليه وسلم ولني احدهما
فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا **قال** وشرطهما كون الثمن
الاول مثليا لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا يتحقق التولية والمرابحة
فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن ملكه او به وبزيادة ربح معلوم فحينئذ
يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك
وبعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره
ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم في المجلس
جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما ان لا يكون صرفا
حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما في الذمة فلا
تتصور فيها المرابحة والتولية والمقبوض غيرما وجب بالعقد **قال**
وله ان يضم الى راس المال اجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام
وسوق الغنم لان العرف جرى بالحاق هذه الاشياء براس المال وهو المعتبر
ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا تبين له والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع
او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل
والقصارة والطراز يزيد في العين والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها
تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له ان يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة
ونفقة تجصيص الدار وطي البير وكري الانهار والقناة والمسناة والكراب
وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيا من ذلك بنفسه لا
يضمه وذكر في المحيط انه يضم طعام المبيع وكسوته وكراه واجرة السمسار
ان كانت مشروطة في العقد والا فاكثرهم على انها لا تضم ولا تضم اجرة الدلال
بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفي المحيط يضم لانه
يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد **قال** ويقول قام
علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا احترازا عن الكذب **قال** ولا يضم اجرة
الراعي والتعليم وكذا بيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس المال ولان
الراعي حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيا وثبوت الزيادة في التعلم لمعنى
في نفسه وهو ذكاه وذهنه ولا يضم حفر البير ويضم اجرة من يذبح الحيوان
ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللولوة ولو زوج العبد لا يضم المهر
الى راس المال ولا يحط مهر الامة لو زوجها ولا يضم اجرة الطبيب والرايض
والبيطار والحجامة وجعل الابق ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والفدا

في الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشياء الى راس المال ولانها لا تزيد شيا في
العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها براس المال والذي يوخذ في الطريق من الظلم لا يضم
الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم **قال** فان خان في مرابحة
اخذ بكل ثمنه او رده وحط في التولية وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال
ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لانهما باشرا عقدا
باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة وذكر
المرابحة والتولية للترويج والترغيب فيجري مجرى الوصف فاذا فات الوصف
المرغوب فيه يخير كما في سائر الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي يوسف
رحمه الله ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك
بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن والربح معلومين
وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بنا العقد الثاني على الاول في حق الثمن
وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط
ضرورة غير انه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط
ذلك القدر من راس المال ويحط من الربح ما يخصه حسابه لان الربح ينقسم عليهما
فما اصاب الخيانة سقط معه وما اصاب غيره ثبت معه ولابي حنيفة رضي الله عنه
في الفرق بينهما ان التولية بنا على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن
الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن في العقد الاول والمرابحة عقد مبتدا باشراه
باختيارهما وليس بمبني على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج
في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد
بما سميا ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول
فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة بقي مرابحة على حاله الا
ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية فيه
ويثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الرد
لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو المشهور
من قول محمد رحمه الله لانه مجرد خيار فلا يقابله شي من الثمن كخيار الروية والشرط
بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه
يسقط ما يقابله من الثمن وعن محمد رحمه الله ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع
على البايع بما دفعه اليه من الثمن بنا على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يحط كيف ما كان وكذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه

في التولية لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ به وانما يلزمه الاخذ بالثمن الاول
ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب
لانه لو رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضيته التولية ان يكون مثل
الاول قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مربح طرح
عنه كل ربح قبله وان احاط بثمنه لم يرابح يعني اذا باعه بربح ثانيا بعدما اشتراه
ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الثمن الربح
لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلثين ثم اشتراه
بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام على بعشرة ولو اشتراه بعشرين
وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما
يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام
عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي
ثم باعه الاجنبي من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير
وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعدما كان
على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا
ولهذا لا يجوز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه
من اصوله او فروعه لما له من التوسع في مالهم الحي بملله فيصير كانه اشترى عشرة
وثوبا بعشرين في الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تاكد وامن بطلانه
وللتاكد حكم الحصول الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون
نصف المهر لتاكيدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد
حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما
فصار العشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولا يقال
على هذا وجب ان يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول
الربح الاول لم يصر مقابلا بالثوب في العقد الثاني حقيقة وانما اعطي له حكم المقابلة
احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة وهو حق العبد ولا ينهض ذلك لافساد
العقد لان المنع في باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة
والمسلة بحالها حيث يجوز بالاجماع لانها ليست مبنية على الامانة قال
ولو اشترى ماذون مديون ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة
على عشرة وكذا العكس اي وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده الماذون

له في التجارة

له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد
الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين او التصرف له شبهة العدم
لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها
على الامانة فبقي الاعتبار للشرا الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة
في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير
لان الزايد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتمحض وجه عن ملك من كان له وهذا
لان المرابحة بيع امانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فينفى عنها كل تهمة وشبهة
خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل احد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا
على ملكه فلا يعتبر خارجا هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من
سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان
لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه
بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسلة ولم يقيد بدين العبد والمكاتب في هذا
كالعبد الماذون له لوجود التهمة بينهما قال ولو كان مضاربا بيع مرابحة
رب المال باثني عشر ونصف اي لو كان من عمل هذا العمل مضاربا بان كان معه
عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان
ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فبقي اثنا عشر ونصف
خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بايعه ودرهمان ونصف دفعه
نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج منه في
تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر
رحمه الله لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد
منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان
صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب
يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك ان البيع
يتبع الفايدة لا الملك عينا وقد وجدت الفايدة هنا اما في حق المضارب فظاهر
واما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشرا ولا يملكه قبله
وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به حق ولهذا لا يملك رب المال وطي الجا رية
التي اشتراها المضارب وان لم يكن فيها ربح وكذا لا يملك نهيه عن بيع العروض
والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول

مزوجه فاعتبر الثاني عدما في حق نصف الربح **قال** ويرابح بلا بيان بالتعيب
ووطء الثيب اي اذا تعيبت المبيع من غير صنعه او وطئ الثيب يبيعه مرابحة من
غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا
يقابله شيء من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو وجدت بالمبيع عيب قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن غير ان المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا
منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم ينقصها الوطء ومعنى اداء الامانة بالصدق
وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابله الثمن وعن ابي يوسف رحمه الله في التعيب
انه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعي وزفر رحمهما الله على
اختلاف تخريجهما فان زفر رحمه الله يوجب البيان باعتبار ان المشتري لو علم
انه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعي
يوجب البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها
بين ان يحصل بفعله او بآفة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قائم فلا يبالي
بذهاب ما لا يقابله الثمن الا يرى انه لو توسخ الثوب المشتري لا يجب عليه البيان
فصار نظير ما اذا نقص بتغير السعر وفي نوادر ابن هشام ذكر محمد فقال هذا اذا
نقصه العيب شيئا يسيرا وان نقصه قدر ما يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة
قال وبيان بالتعييب ووطء البكر اي يبيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب
اذا كان حادثا بالتعييب منه سواء كان ذلك بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه
لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ووطء البكر تعييب لان العذرة
جزء من العين فازالتها تعييب لها فيقابله الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه
كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيبت بآفة سماوية فجاز ان يبيعه مرابحة
من غير بيان اي من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب
عنده بعد ذلك واما بيان نفس العيب فلا بد منه بان يبين العيب والثمن من
غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب
واجب شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في
كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه
اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه
مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من
المعنى **قال** ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري
لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبه بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة

بالحقيقة

بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار
عند علمه بمثل هذه الجناية او نقول ان الثمن المؤجل انقص في المالية من الحال
ولهذا احترم الشرع التساوي في الاموال الربوية فيكون ما اخذ من المشتري ازيد
في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم ان الثمن
كان مؤجلا يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانهما
مبنيان على الثمن الاول **قال** فان تلف فعلم لزم بالف ومائة اي ان اتلف
المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة
لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما فيه شبهة زيادة الثمن لاجله
فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة
يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يبق له الخيار
نظرا الجانب عدم المالية في الاجل او نقول تعذر الرد بالهلاك فيبطل خياره كسائر
الخيارات من خيار الشرط او الرؤية **قال** وكذا التولية اي التولية مثل
المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك او الاستهلاك لا
خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد قيمة الهالك
ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد
وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه ابو جعفر
المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما
للتعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه
معتاد متعارف بينهم انه يؤخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه
لان المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وان
سامحه البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا له ان يرد
على بائعه بحكم الغبن وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى برواية
الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البائع ان قال للمشتري
قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد
بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيف ما كان
والصحيح ان يفتى بالرد ان غره والا فلا **قال** ومن ولى رجلا شيئا بما قام
عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد لجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة
قال ولو علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه
مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا

للبيع فصار التأخير إلى آخر المجلس عفواً كتأخير القبول إلى آخر المجلس ثم يرتبط بالإيجاب
وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في
أوله فيصح على تقدير الابتداء وأما بعد الافتراق فالإصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد
بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه فإن البيع فيه فاسد
فإن أعلمه البائع في المجلس صح وإلا فلا وإنما تخير لخلل في رضاه لأن الرضا بالشيء لا يتم قبل العلم به

فصل

قال رحمه الله صح بيع العقار قبل قبضه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه
رواه أحمد ولأنه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا يجوز
إجارته قبل القبض ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور
التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لأن
هلاك العقار نادر ولا يمكن تغييبه فيصير هالكاً حكماً حتى لو تصور هلاكه قبل
القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بأن كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول
بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه إلا نادراً والنادر
لا حكم له فصار كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول
والدليل على أنه معلول به أن التصرف في الثمن قبل القبض جائز لأنه لا غرر فيه
وكذلك التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما أمن منه والعلة فيه أن المطلق
للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن وذلك فيما
يتصور فيه الغرر والإجارة قيل على هذا الخلاف فلنا أن نمنع وقيل
إنه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما أن المعقود عليه في الإجارة المنافع
وهلاكها غير نادر لأنها بمنزلة المنقول قال لا بيع المنقول أي لا يجوز بيع
المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله صلى الله عليه وسلم إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه
حتى تستوفيه رواه مسلم وأحمد ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك
قبل القبض لأنه إذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين أنه باع ما لا يملك
والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض إن كان المشتري الأول
نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لأنه قادر على التسليم إذ ليس للبائع منع المبيع عنه
وإن لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد
المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لأن الكتابة محتملة للفسخ

لم ينفذ

فلم ينفذ في حق البائع نظراً له وإن نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب
المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم يجز عند أبي يوسف
رحمه الله لأنه عقد تمليك بمنزلة البيع والإجارة ويجوز عند محمد رحمه الله وهو الأصح
لأن هذه التصرفات لا تجوز إلا بعد القبض وغير البائع يصلح نائباً عن المشتري
في القبض فيصير قبض المأمور به قبضاً له أولاً بحكم النيابة ثم يصير قابضاً لنفسه
بالتمليك بخلاف البيع لأنه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد
وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته لأنها بيع المنفعة فلا يجوز كبيع العين لتمكن
غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستأجرة ولا يجوز بيع الأجرة العين قبل القبض
لأنه بمنزلة المبيع ألا ترى أن العين لو هلكت انتقضت الإجارة ويجوز تزويج
الأمة المبيعة قبل القبض لأن تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه ألا ترى أنه لو زوج
أمته الآبقة جاز وإن تمكن الغرر فيه فإنه لا يدرى أحية هي أم ميتة ولو وهب
المبيع من البائع قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا
البيع ولم ينتقض البيع الأول والفرق أن الهبة مجاز عن الإقالة يقال هب لي ديني
وأقلني عثرتي بخلاف البيع قال ولو اشترى مكيلاً كيلاً حرم بيعه وأكله حتى
يكيله ومثله الموزون والمعدود أي لو اشترى المكيل بشرط الكيل أو الموزون
بشرط الوزن أو المعدود بشرط العد لم يجز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن
والعد وإن كان بعد القبض لقول جابر رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه
والدارقطني وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال كنت أبتاع التمر من بطن من اليهود
يقال لهم قينقاع وأبيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بنوع
يا عثمان إذا ابتعت فاكتل وإذا بعت فكل رواه أحمد ولأن الكيل والوزن والعد
من تمام القبض وأصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولأنه
يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له إذا وجد أكثر كان
من كيل البائع ما كان له قبل البيع وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة ولم يسم
لكل ذراع ثمناً لأن الزيادة له إذ الذرع وصف فيه بخلاف ما إذا بين لكل ذراع
ثمناً لأنه يلحق بالقدر في حق زيادة الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه
الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا لأن القدر معقود عليه في المقدرات
حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره

وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير واما
الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيها بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما
احد معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما المراد ما اخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو
كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من
تمام القبض ويجوز التصرف قبل القبض في الثمن فلان يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمهر
المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان
كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله
بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع قيل لا يكتفي به لظاهر
الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل
واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما
نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعله في المختصر المعدود كالمكيل والموزون
وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله واختاره الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو
قول ابي يوسف رحمهما الله لانه ليس بمقدر الا ترى انه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
كالمذروع وجه الاول ان المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما
يتعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه الف
فوجده اكثر يرد الزائد وان وجده انقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا
لانه مبني على المماثلة بدليل يوجبها وهذا اظهر ولو اشترى المكيل او الموزون
شراء فاسدا وقبضه ثم باعه بغير كيل او وزن فالبيع الثاني جائز لان الملك في
البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار
نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في الايضاح
وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في المبيع **قال**
لا المذروع اي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه
بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن
ولا نقصان ان وجده زائدا او ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل
له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل **قال** وصح التصرف في الثمن قبل
قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال
غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن
ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض عوض مثله عينا فيكون

مضمون

مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك
بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه اذ الكل معاوضة وقد روي عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير
ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم
حيث لا يجوز ان ياخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشارع كالمبيع المعين
في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن
تمليكه ممن عليه الدين بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الدين
قال والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله
اي يجوز للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبائع ان يحط من الثمن وان يزيد في المبيع و
يلتحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب
بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري
المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحا
على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا
اذ به يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا
بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا الا ترى ان الزيادة في المهر لا يلتحق
باصل العقد بل هو بر مبتدا فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما بالحط والزيادة
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا
ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلاه لازما باسقاط الخيار او غير لازم باشتراط
بعد العقد بعد ان وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل
فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفا له فاذا صح التحق باصل
العقد ولزم كلزومه لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على
ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا ما قام الدليل
عليه وقد قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد
ولهذا لو لم يسم في العقد شيئا ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وان كان واجبا وعلى
اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا عن خارج عن العقد
بخلاف حط الكل لانه تبديل لا اصله لانه ينقلب هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من
قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدي الى تبديله فلا
يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة

حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا احط الكل لا يلتحق باصل العقد صح

ويباشر على الباقي في الحط ويظهر في الشفعة ايضا حتى ياخذ بما بقي بعد الحط وانما لا
يلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وبما لا يملكه الا ترى
انه ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ ويظهر ايضا فيما اذا استحق المبيع حتى
يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو اجاز البيع كان له ان يطالب بالزيادة ويظهر المستحق
ايضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد
احدهما او حط ورد المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة او المردود في الحط
فسد العقد كانهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال
ابو يوسف رحمه الله لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتداة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير
هبة مبتداة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد رحمه الله في الزيادة مثل قول
ابي يوسف وفي الحط يكون هبة مبتداة ويظهر ايضا فيما اذا زاد في المبيع حتى يصير له
حصة من الثمن في الحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض يسقط حصتها من الثمن بخلاف
الزيادة المتولدة من المبيع حتى لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق ان
الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صحت
زالت الضرورة فزالت التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق باصل العقد
لانها كانت موجودة وقت العقد فامكن ورود العقد عليها فصار كان العقد
ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا واما الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد
فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت مملوكة
بملك الاصل لا بالعقد فاذا قبضها صارت اصلا بالقبض لان للقبض شبها بالعقد
فيصير لها حصة من الثمن حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم
الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر ايضا فيما اذا
زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق يكون الزيادة للمولى
ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح
الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته
قيام العقد وقال في المحيط في رواية النوادر يجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط
لان الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها باصل العقد فيعتبر
قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت وذكر محمد رحمه الله في المنتقى لو اشترى
جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية اخرى جاز لان حصة الزيادة تثبت مقابلة
بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان حصة الزيادة في جانبه تثبت
مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي مثل

بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاده في الثمن لا يجوز لانه بتبدل
سبب الملك ارتفع العقد الاول وصار المعقود عليه هالكا حكما ولو اعتق المبيع او كاتبه
او دبره او استولد الامة او تخمر العصير او اخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند
ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة على مهر المراة بعد موتها
وانما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا اما اذا كان تبعا فلا يلتحق
باصل العقد حتى لو اشترى دارا بالف جياد فنقد زيوفا او نبهرجة ورضي البائع
بذلك فان الشفيع لا ياخذ الا بالجياد وكذا اذا اشترى دارا بعبد فاعور ورضي
به البائع فان الشفيع ياخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة في المسلم
فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة
في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا تجوز وكذا لا تجوز الزيادة في
المنكوحة لان الشرع ما ورد بتمليك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح تبعا
للمنكوحة **قال** وتاجيل كل دين غير القرض اي يجوز تاجيل كل دين غير دين القرض
لان المطالبة حقه فله ان يؤخره الا ترى انه يملك اسقاطها بالابراء فلان يملك
اسقاطها موقتا بالتاجيل اولى ولو اجله الى اجل مجهول ينظر ان كانت الجهالة فاحشة كهبوب
الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه
من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز تاخير
المطالبة فيه كما في سائر الديون **قال** ولنا ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا
يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد
الماذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم
التاجيل فيه كالاعارة فان المعير اذا وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء
لا يجوز التاجيل لان الجنس بانفراده يحرم النساء لا سيما اذا كانت العلة وحرم التفاضل
بها ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على
المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض فلان من ماله الف درهم الى سنة حيث يجوز
من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها
ما لا يتسامح في غيرها نظرا للموصي الا ترى انه يجوز بالخدمة والسكنى ويلزم والله اعلم

باب الربا

قال رحمه الله هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة
هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما اتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله وسمي المكان

المرتفع ربوه لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعا والربوا محرم بالكتاب والسنة واجماع
الامة اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا واما السنة فما روى عن ابن مسعود
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن اكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه
احمد والترمذي وصححه وقال صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة
والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد
واستزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وعن عبد الله بن
حنظلة غسيل الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا ياكله
الرجل وهو يعلم اشد من ستة وثلثين زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه
حتى يكفر جاحده **قال** وعلته القدر والجنس يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن
في الموزون وعند الشافعي رحمه الله العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية
بانفرادها في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع
النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ
الشعير رواه مسلم واحمد ووجه الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره
يدل على انه علة اذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على ان ماخذ الاشتقاق علة له
كما في قوله تعالى السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد السرقة والزنى
ولان قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب
الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله لان الاشتداد بالنهي يشعر بان حرمة البيع
اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا
لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله
باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعوم
لبقاء الانفس والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها ولا اثر
للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت
الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق
بين الشرط والعلة ان العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة
عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك رحمه الله العلة الاقتيات والادخار
لانه صلى الله عليه وسلم خص بالذكر ما هو قوت او ياكل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر به
اكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وانس رضي الله عنهما ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك

فاذا اختلف

فاذا اختلف النوعان فلا باس به رواه الدارقطني ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم
رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم لما عرفت ان ترتب الحكم على
الاسم المشتق ينبئ عن علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون بتقديره المكيل
والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل والوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث
ابي سعيد وابي هريرة رضي الله عنهما فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا قال انا لنأخذ
الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم
ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليس
من اموال الربا وهو اقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله
التمر والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر
رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع
بالصاعين المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو عام فيما
يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال انه مجاز فلا عموم له
لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر
زائد عليها لا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان المقصود
التماثل اذ البيع ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فاوجبه صيانة
لاموالهم عن التوى وتتميما للفائدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزائد عليه قدرا
تاويا على صاحبه بلا عوض وكذا الحال في حرمة المؤجل لفوات به التسوية وقابلية
المبايعة لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم
مثلا بمثل يدا بيد فوانه يلزم الحرمة وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم والفضل
ربا فيعلل بعلة تؤثر في ايجاب التماثل فتعين القدر والجنس لذلك لانهما يوجبانه
اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتباره
فالمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى لا سيما في المقصد الاثرى ان كيلا
من بر يساوي كيلا من دره او شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر
بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قل ما يوجد فيه غير متفاوت
فاشتراط التساوي فيه يؤدي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات
والثمنية والادخار من اعظم وجوه المنافع والحاجة الى المطعم من اشد الحاجات
واهمها فسنة الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق الا ترى ان الميتة
اباحها عند المخمصة للحاجة وكذا اجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب

لطيف الحاجة عادة بخلاف سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهوا
والما والتراب والنفس جعله الله اوسع من غيرها وكلما اشتدت الحاجة اليه كانت
التوسعة فيه اكثر بتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى
فساد الوضع ان يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك
الحكم بضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت
بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا
بجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو
محترم فيناسب التضييق اعزازا له لشرف الادمي فعلم بذلك ان قوله المساواة
مخلص باطل ولئن كان مخلصا فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل
والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب انه صلى الله
عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن او الكيل لا غير فعلم
بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وان الاموال الربوية
وهي التي تكون من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من الاموال
الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قلنا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت
المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا
قال ويحرم الفضل والنسا بهما اي بالجنس والقدر لما بينا انهما علة الربا قال
رحمه الله والنسا فقط باحدهما اي يحرم النسا ويحل التفاضل بوجود احدهما اما القدر
دون الجنس كالحنطة بالشعير او الجنس دون القدر كالهروي بالهروي لقوله صلى الله
عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير
والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سوا بسوا فاذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما من ائمة الحديث
ولان احدهما عين حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة
الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النسا
لانه يشبه الفضل وليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال احدهما جزء
العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شي منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النسا لانا نقول
احدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النسا وان كان بعض العلة في حق ربوا الفضل
حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من كل وجه وان لم يجمعهما جاز
النسا ايضا كالنقدين مع العطر ونحوه لان صفة وزنهما مختلف اذ النقدان يوزنان
بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف

غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النسا والذي يدل
عليه انه صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث
اجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في راس المال ولو لم يجز لكان
رداله بالراي وهو لا يجوز قال وحلا بعدمهما اي حل التفاضل والنسا بعدم الجنس
والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا والحرمة بعارض فيجوز
ما لم يثبت فيه دليل الحرمة الا يرى ان الله تعالى اباح البيع بقوله واحل الله البيع فيجري
على اطلاقه فيما لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال وصح بيع المكيل
كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه
متساويا لا متفاضلا اما بيع المكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل بجنسه فقد
ذكرناه وبينا احكامه واما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شي وقع عليه كيل
الرطل فانه يعتبر موزونا لانه يقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون
غير انه لما لم يستمسك الا في وعا يشق عليهم وزنه بالامنا والصنجات في كل وقت
بالوعا فقدر الوعا بالارطال والامنا فاكتفي به دفعا للحرج فبقي موزونا على حاله
ثم قال في الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف مكيال مثله لا يجوز
لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه انه اذا باع ما يباع بالاواقي بكيل غير
الاواقي سوا بسوا لم يجز لانه باع الموزون بجنسه بكيل لم يعد ربا لا واقي فيكون
مجازفة فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشيئين اذا استويا في كيل وجب ان
[illegible] ايضا ولا يعتبر لكون الكيل معلوما او مجهولا وذلك اذ لا يختلف ثقله فيهما وفي
النهاية قال الاسبيجابي فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا
في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر
فيه الا الوزن غير انه يؤدي الى انه لا يجوز بالاواقي ايضا اذ لا فرق بين كيل وكيل
على ما بينا ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل قال وجيده كرديه
يعني جيد مال الربا ورديه سوا حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه صلى الله عليه
وسلم عن ذلك فيما روينا من حديث ابي سعيد وابي هريرة رضي الله عنه حين قال له الرجل
انا ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع بالدراهم
الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لا نسد باب البياعات
على ما بينا قال ويعتبر التعيين دون التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام
كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد
ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الا هاوها

والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء
وهاء رواه البخاري ومسلم واحمد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد
منهما لصاحبه هاء اي خذ والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض ولهذا
يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالاشارة كالمصوغ
منهما ولان قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض في حق
النقدين والتعيين في حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما ومجاز في
الاخر وايهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف ان المشترك لا عموم له وان الجمع بين الحقيقة
والمجاز لا يجوز ولانه يؤدي الى تفاوت القبض بان يقبض احدهما دون الاخر فاشبه
التاجيل وهذا لان للمقبوض مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط ولنا
انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع بجنسه او بخلاف جنسه
لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض
فيشترط فيه ليتعين وتفاوت القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل
والمراد بها في التعيين غير ان ما يتعين به يختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما
بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنيي المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض
في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار اصل خلقته وهو الثمنية لان الثمن لا يتعين
فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعيين باعتبار
الاصل اذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة **قال** وصح بيع الحفنة بالحفنتين
والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين
لان هذه الاشياء ليست بمكيل ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام
احد شطريها وهو القدر ولهذا تضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا وما دون
نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات
الامثال هذا اذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع وان باع ما دون
نصف صاع بنصف صاع او اكثر لم يجز الا مثلا بمثل لوجود المعيار من احد الجانبين
فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب او فضة
بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي رحمه الله
لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم او الثمنية وقد وجدت **قال** والفلس
بالفلسين باعيانهما اي البدلان باعيانهما بان كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا
عندهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الفلوس الرائجة اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين
ولهذا اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا تتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له ان يعطي

غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها وهذا لان ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما
كالدراهم والدنانير فاذا لم تتعين تؤدي الى الربا او تحتمله بان يأخذ بايع
الفلس الفلسين اولا فيرد احدهما قضاء بدينه ويأخذ الاخر بغير عوض او يأخذ بايع
الفلسين الفلس اولا ثم يدفع اليه فلسا فيرد هما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس اخر
بغير عوض يقابله وصور ربا فصار كما لو كانا بغير اعيانهما او احدهما بعينه والاخر
بغير عينه ولهما ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت ثمنا باصطلاح وقد اصطلحا
بابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها
وهذا لانه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير
لان ثمنيتها باصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية يتعين بالتعيين
فلا يؤدي الى الربا بخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما او احدهما بغير عينه لانه يؤدي
الى الربا على ما بينا فان قيل اذا بطلت الثمنية وجب ان لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان
النحاس موزون وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت الثمنية عاد
الى اصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما
على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد وكم من شيء معدود لا يكون ثمنا
الا ترى ان الاواني من النحاس ونحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا
اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف ان المعتبر في كونه موزونا او مكيلا
في غير المنصوص العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة لان العلة المستنبطة
لا تعتبر في محل النص لاستغنائها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة
لا تعتبر اصلا بخلاف المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنيا
فجاز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح
المتعاقدين حتى لا يجري فيها احكام الاثمان في حقهما وكذا لا يكون عروضا باصطلاحهما
لانا نقول الاصل فيها ان يكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف
للاصل ولراي الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا لانه موافق للاصل
فيصح وان كان فيه خلاف راي الكل **قال** واللحم بالحيوان وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان
اللحم المفرز اكثر من الذي في الحيوان ليكون قدره مقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهيه صلى الله
عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطا ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع
احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما انه بيع المعدود بالموزون
فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان ليست فيه ما لية اللحم اذ هي متعلقة بفعل شرعي

وهو الذكاة الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم قبله فصار جنسا اخر غير اللحم ولهذا قال
الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا اخر اي بنفخ الروح فاذا كان اخر جاز
بيع احدهما بالاخر متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت
موجود فيه في الحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة لان المتاخر منهما
لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم او لانهما جنس واحد الا ترى انه لا يجوز ذلك
اذا تغير من خلاف الجنس ايضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده
ايضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الاخر كما لو في شاتين
مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احدهما بالاخرى **قال** والكرباس بالقطن وكذا
بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض فيعود غزلا او قطنا وكذا
القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد
رحمه الله جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقض فيعود قطنا وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق
وقول محمد اظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الاخر
وان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب
الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزائد بالقطن وكذا
لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او بلبن يشترط ان يكون الصوف
واللبن اكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء
قال والرطب بالرطب او بالتمر مثلا بمثل والعنب بالزبيب يعني مثلا بمثل ايضا
اما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز لقوله صلى الله
عليه وسلم حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا اذا فاسد
البيع واشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة
في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار كبيع الدقيق بالحنطة فانه لا
يجوز للتفاوت بعد الطحن وله قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشهور التمر بالتمر
مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر مثلا بمثل والدليل على انه تمر ما روي انه صلى الله
عليه وسلم حين اهدي اليه تمر خيبر هكذا وروي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر حتى يزهي
قيل وما يزهي قال يحمر وهو اسم له من اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا
جاز بيعه به باول الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان
غير تمر فباخره وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم
ولانهما يستويان في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب جزء منه وهو الرطوبة بخلاف

بيع الحنطة

١٩٤

بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيئا
وما رويناه لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو
محمول على ان السائل كان وصيا في مال يتيم او وليا لصغير فلم ير صلى الله عليه وسلم
لهذا التصرف نظرا له اذ هو مقيد بالنظر الا ترى انه يمنع من بيع الجيد بالردي
من مال الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه ما بيناه
من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي حنيفة
رحمه الله بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر
هناك تناول الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل واما بيع
الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل لذلك ولو باع
البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء
من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من اول ما ينعقد صورة لا قبله وهو عدد
متفاوت وهو اول ما يشق عنه النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه ولتفاوته فاحشا
لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة
جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب مثله او باليابس
منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز شيء من ذلك
لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب
وبين بيع المبلول ونحوه بمثله حيث اجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره من جميعه ان التفاوت
فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد العقد وفي الرطب بالتمر يكون مع بقاء
احدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا في غير المعقود عليه وفي الرطب يكون التفاوت
بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة رضي الله عنه
يعتبر المساواة في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم
الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة والتمر والشعير
على اي صفة كان الا ان ابا يوسف رحمه الله ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر
حتى منعه بما روينا من حديث زيد بن عياش على ما بينا من قبل **قال** واللحوم المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا ان اصولها اجناس واحد
اجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكاة واسماؤها ايضا مختلفة باعتبار
الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود ايضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون
بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر

العام ولما جاز بيع شيء بشيء اصلا اختلاف لحم الجاموس والبقر او لبنهما او لحم المعز والضان او لبنهما او لحم العراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم احدهما الى الآخر في تكميل النصاب في الزكاة فكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان او لم يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل يختلف المقاصد ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة بحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصنعة **قال** وشحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلها من الضان لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسما والصور والمقاصد **قال** والخبز بالبر او الدقيق متفاضلا وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز بيعه به اصلا لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع احدهما بالآخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي المتاخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتاخر او السلم فيه فلا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه يتفاوت بالخبز والعجن والنضج واما عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم بالخبز وبه يفتى وفي الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره ان على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا في السلم بل اولى لان باب السلم اوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد رحمه الله يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى **قال** لا بيع البر بالدقيق او بالسويق يعني لا يجوز بيع الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا لان احدهما بر والآخر اجزاؤه او احدهما دقيق والآخر اجزاؤه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفرق الاجزاء والمجتمع بالتفرق لا يصير جنسا آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة يكفي لثبوت

للتعامل

حرمة الربا كما في دهن السمسم مع السمسم غير ان المعيار فيهما الكيل وهو غير مسو لهما الا يرى ان البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسو لهما فامكن التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال ابو بكر محمد ابن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين او احدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود الا يرى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو آية الاختلاف غير انه لا يجوز ان يباع احدهما بالآخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة رضي الله عنه انهما جنس واحد من وجه لانهما من اجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز ان يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع اصل احدهما باصل الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا فكذا الجزآن لا يجوز بيع احدهما بالآخر اذ الجزء لا يخالف الكل وتفاوت بعض المقاصد لا يخرج من ان يكون جنسا له كالمقلية مع غير المقلية على ما بينا وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر الا متساويا ولا يجوز اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا ترى ان بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس **قال** والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر مما في الآخر ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما وان اختلفا صورة فثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم ان الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالمتحقق الا يروى عن جابر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله عنه تدعون تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام

ح

الثجير ثفل كل شيء يعصر

بين الدما؟

وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون
فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة
باعتباره فان قيل على هذا ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه
الاعتبار بان يصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتاتى في الفضل خلقة دون
المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شي لثفله قيمة اذا بيع
بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب
اذا بيع بالذهب او تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب او الفضة
اكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شي حتى لو جعل فسد لربا الفضل
قال ويستقرض الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وعند
محمد رحمه الله يستقرض بهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يستقرض بهما وقد بيناه
من قبل قال ولا ربا بين المولى وعبده لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا
هذا اذا لم يكن عليه دين يستغرق رقبته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز
لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة رضي الله عنه فصار كالمكاتب وعندهما
تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما
وان كان عليه دين لان له ان ياخذ كسب عبده المديون بعوض بعد له استخلاصا
بغير شرط الجعل اخذا بهذا الطريق الا انه اذا اخذ منه درهمين بدرهم يرد
الدرهم الزائد على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربا حتى لو اخذ منه درهمين
بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر
في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريكي
العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز قال وبين
الحربي والمسلم ثمة اي لا ربا بينهما في دار الحرب وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا
في دار الحرب فهو جائز وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك مالهم الا بالعقد
وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع مع المستامن
منهم في دارنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين المسلم والحربي في دار
الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم ان لا يغدر
م ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه برضاهم فقد اخذ مالا مباحا
بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ تاثير الامان في تحصيل التراضي
دون الملك فكان الملك في حق الحربي زايلا بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم

ثانيا بالاستيلا على مال مباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان ماله صار محظورا
بعقد الامان ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق

قال رحمه الله العلو لا يدخل بشرا بيت وبشرا منزل الا بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ويدخل بشرا دار كالكنيف اي لا يدخل العلو بشرا
هو بيت وان قال بكل حق له ما لم ينص عليه وبشرا منزل لا يدخل الا ان يقول بكل حق
هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه وبشرا الدار يدخل العلو وان لم
يذكر شيا من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو
مثله والشي لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار
اسم لما ادير عليه الحدود من الحايط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف
والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه
اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل باهله مع ضرب قصور
فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر
التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في
الكافي ان هذا الجواب على هذا التفصيل بنا على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا
يدخل العلو في الكل سوا باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل منزل
يسمى خانه سوا كان صغيرا او كبيرا فكانه يقول يتناول العلو والسفل والاحكام
في مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله وانما يدخل
الكنيف لان الدار اسم لما ادير عليه الحايط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار
لانه م من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل يعد من
الدار عادة ويدخل بير الما والاشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وان كان
البستان خارج الدار ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج
عن حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها
قال ولا الظلة الا بكل حق اي لا يدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل
حق او نحو ذلك بما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يدخل من
غير ذكر شي مما ذكرنا اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو
والكنيف ولابي حنيفة رضي الله عنه انها خارجة عن الحدود مبنية على هوا الطريق

فصارت كالطريق ولأنها تابعة للدار من حيث إن قرار طرفيها الآخر على شيء آخر فصارت
تابعة من وجه دون وجه فتدخل بذكر الحقوق ونحوه وإلا فلا عملا بالشبهين
قال ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق بخلاف الإجارة
أي لا تدخل هذه الأشياء في بيع الأرض أو المسكن إلا بذكر كل حق أو نحوه بخلاف
الإجارة حيث تدخل فيها من غير شرط لأن هذه الأشياء تابعة من وجه من حيث إنها
تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث إنه يتصور وجودها بدون
البيع فكانت تابعة للبيع من وجه دون وجه فلا تدخل في البيع إلا بذكر الحقوق
والمرافق وهذا لأنه قد يشتري للبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به وقد يشتري للتجارة
بعد ما اشترى المبيع لأنها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا يجوز الإجارة فيما لا يمكن (بخلاف الإجارة)
الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الإجارة تبطل الإجارة وكذا لو استثنى
هذه الأشياء عن عقد الإجارة تبطل إذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة إلا بهذه
الأشياء فوجب دخولها فيها تصحيحا لها ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب
العين لا يجوز فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص
ولا مسقط الثلج فيه وقدور الحمام لم تدخل لأنه مركب بالبناء ولو اشترى رحا يدخل (بالبناء)
الحجر الأسفل لأنه مركب وكذا الأعلى استحسانا والآلات الملصقة بالبيت
لأن الرحا اسم لشيء فيه حجر دوار والحجر الأعلى هو الدوار

باب الاستحقاق

قال رحمه الله البينة حجة متعدية لا الإقرار لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء
القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والإقرار حجة بنفسه
لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه **قال**
والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق لأن القاضي لا يمكنه
أن يحكم بالكلام المتناقض إذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا غير أن الحرية
والطلاق والنسب مبناه على الخفاء فيعذر في التناقض لأن النسب يبنى على العلوق
والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم **قال** مبيعة ولدت
فاستحقت تبعها ولدها وإن أقر بها لرجل لا والفرق أن البينة حجة مطلقة مثبتة
كاسمها فيثبت بها الملك من الأصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند استحقاق
المبيع بالبينة والإقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر
وقد اندفعت الضرورة بإثباته بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا
أي في حق الولد

لا يرجع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع بالإقرار فإنهم لا يقدرون ولأن المالك
يقدر على إنشاء الملك للحال فيحمل إقراره به على ذلك بخلاف الشهود فإنهم لا يقدرون
على إثبات الملك بشهادتهم للمستحق إن لم يكن مالكا له قبل ذلك فيكون إظهارا
للملك من الأصل فيستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم لأنه
تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء له بالولد وهو الأصح لأن محمدا رحمه الله
قال إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت
الحكم لأنه منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية أن الولد إنما لا يتبعها في
الإقرار إذا لم يدعه المقر له أما إذا ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له
قال وإن قال عبد لمشتر اشترني فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن
كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شيء على العبد وإلا رجع المشتري
على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن يعني إذا قال ارتهني فأني عبد
فارتهنه فإذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن
حاضرا أو غائبا وعن أبي يوسف رضي الله عنه أنه لا يرجع في الفصل الأول أيضا
لأن ضمان الثمن بالمعاوضة أو بالكفالة فلم يوجد واحد منهما فصار كمسألة
الرهن وكما إذا قال أجنبي اشتره فإنه عبد ولم يزد على ذلك وهذا لأن ما يوجب
الضمان لا يختلف بين أن يكون حاضرا أو غائبا كالرهن وحقيقته أنه لم يوجد منه
إلا الإخبار كاذبا والأمر بالشراء وذلك لا يوجب الضمان كما إذا كان ذلك
من الأجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فإنه آمن أو قال له كل هذا
هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب
بسبب ذلك لما قلنا ووجه الظاهر أن المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة (للمشتري)
الثمن عند تعذر استيفائه من البائع لأنه إنما أقدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار
بذلك بمنزلة المغرور من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا
للضرر عنه بقدر الإمكان لأن المعاوضات تقتضي سلامة العوض فإذا ظهرت
حرية الأصل وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يؤاخذ هو بذلك
كالمولى إذا قال لأهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه
فلحقه ديون ثم ظهر أنه حر أو استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا
للضرر عن الغرماء فجعل المولى كأنه ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد معاوضة
فأمكن أن يجعل الأمر به ضمانا للسلامة بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو
حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء العين حقه من غير أن يجعل مبادلة

الامر ج

الا يرى ان الرهن يجوز في موضع لا يجوز فيه المبادلة كثمن الصرف وراس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن ان يجعل به ضمانا للسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر بالاكل والسلوك او كان الامر يدا لك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وامر الاجنبي لا يعبأ به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشتر في او قال انا عبده ولم يزد عليه لان الحر يشتري مخلصا كالاسير وقد لا يجوز شرا العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على الامر لانه قضا دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين ليخلص الرهن فان قيل لا يتصور هذه المسئلة على قول ابي حنيفة رحمه الله فان الدعوى عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليست شرطا عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين امة في حرية الاصل فيحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور يكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصل والطارية لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيها لخفا الحال عليه فيعفى التناقض فيه اما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم حرية ابويه او بحرية احدهما باسلامها او باسلام احدهما فيها ويعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم تبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقض واما في العتق الطاري فلان المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر في التناقض كالمختلعة تقيم البينة ان زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة **قال** ومن ادعى حقا في دار اي مجهولا فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشي لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شي لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا انه اخذ عوضا ما لا يملك فيرد ودلت المسئلة على ان الصلح على مجهول عن معلوم جائز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلى عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو اقام بينة على هذه الصورة لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه

١٩٨

بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشا[يخ] لا يصح الصلح الا في دعوى الاقرار او دعوى المقدر من الدار لانه معاوضة او بدل الثمن والمعاوضة لا تجوز في المجهول وكذا الثمن لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به ~~وذلك يحصل به~~ وهذا اذا لم يقدر الحق بشي وان قدره بجز معلوم من ربع مثلا او نصف لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك القدر وان بقي اقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه **قال** ولو ادعى كلها رجع عليه بقسطه لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شي تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض **قال** ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه ويجيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله اي للمالك ان يجيز العقد بشرط ان يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشرا لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشرا العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعي رحمه الله لا ينعقد تصرفات الفضولي اصلا ولا يجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فلغوا ولان التصرفات الشرعية يتوقف على الولاية كما يتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له بها شاة فاشترى له بها شاتين فباع احدهما بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخاري واحمد وابو داود وحديث حكيم بن ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية بدينار فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها فجا بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذي وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز بيعه ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا راى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط حقوق العقد اليه وفيه نفع للمتعاقدين لصون كلامهما ~~كلامهما~~ عن الالغا فثبتت القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على

ان الاذن بات دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له النفع اذ لا يوجد مثل هذا
التصرف النافع في حال غيبته عادة الا من صديق متفضل نصوح يرى لاخيه مثل ما
يرى لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية احكامها لا مجرد السبب
فاذا لم يفد الحكم لا يعتبر وحكمها وهو التمليك لا يتصور من غير المالك فيلغو قلنا
لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللائق بالسبب الموقوف كما
يفيد السبب البات لانه هو اللائق به ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع
نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا خلا حكمه عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لان العلة
قد يتاخر حكمها لعارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما وكالراهنين
اذا تبايعا رهنا مرهونا بغير اذن المرتهن انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهن وكذا
للصوم ح الطلاق المضاف الى شهر سبب للحال ويتاخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب للصوم
ويتاخر الوجوب في حق المسافر والمريض ولا يلزمنا على هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته
وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي او هو بنفسه بعد بلوغه لان هذه
العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليه الا ترى ان الولي لا يملك انشاءها
ح فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشرها الصبي عقدا يملكه عليه الولي كالنكاح
والاجارة والبيع من غير غبن يتوقف حتى لو اجازه الولي او هو بعد بلوغه جاز فان قيل
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما لا يملكه كما نهى
عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الابق ثم اذا باع المبيع قبل القبض او الابق لا يجوز
للنهي الوارد فيه فكذا هذا بل اولى لان الابق والمبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه
فعند عدم الملك اولى قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد
عندنا وان كان فاسدا وكذا الابق في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا
والمراد مما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيئا
لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله
ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها
فاسلمها له فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما
شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة
تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا
اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجازه
المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك
في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

والفضولي

وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح
لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العاقد الفضولي
عند الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من ان الثمن
يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض للفضولي ملكا
له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العوض متعينا كان شراء
من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة
المالك لا ينتقل اليه بل تاثير اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل
المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال
الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض
غير المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امراة على عبد
الغير صح ويجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير
قرضا وكذا هنا واعتبار جانب الشراء اولى من اعتبار جانب البيع لانه يوافق الاصل
لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف
الاصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع
يتناول البيع بالعين والدين فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة ولو مات المالك
لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل
الى غيره بخلاف الوصي او الاب اذا توقف على اجازتهما في مال الصغير ثم بلغ الصغير
فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما توقف له فينتقل اليه
وبخلاف ما اذا تزوجت امة بغير اذن مولاها وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث
ينتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل
بات على موقوف فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطي ابيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشراء
ايضا مثل ذلك بان باعها المولى ممن لا يحل له وطؤها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك
ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو
قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند
الاجازة لوقوع الشك في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال** وصح عتق
مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه
المشتري فاجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز
بيعه وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس لانه لم
يملكه وقد قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد

الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة
انما يثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق
لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه صلى الله عليه وسلم ذكره فيه الملك
مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق
مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشترى حتى ينفذ بيع الغاصب
اذا ادى الضمان ولا ينفذ بيع المشترى اذا اجاز المالك البيع الاول وكذا لو اعتقه
المشترى والخيار للبايع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشترى من الغاصب
ثم باعه ثم اجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق
حتى صح بيع المكاتب والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم
ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه
الغاصب فاعتقه المشترى منه ثم ادى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه
لما بينا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع ولا ضرر فيه
على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى من الراهن
فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشترى من الوارث والتركة مستغرقة
بالدين فاجازت الغرماء البيع او اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين
ثم قضاء الدين او ابراء الغرماء منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك
والشيء اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه
لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يملك ضرورة اداء
الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في
الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو سبب لضرورة
عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه
ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك
فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك
وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي
انما يثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول
باظهار السبب في حقه ومعنى يتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا تضر بالمالك
بها والمشترى من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند
لان ملك المشترى يثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا
ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشترى يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو

الشرا فاحتمل

الشرا فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا
مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع الا يرى
ان ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشترى من الغاصب عند
اجازة المغصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة يثبت للمشترى الاول وهو
البايع الثاني ملك بات فاذا طرا على ملك موقوف لغيره ابطله لاستحالة اجتماع
الملك البات والملك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعا لما ثبت
الملك الموقوف للمشترى من الفضولي لوجود الملك البات فيه لمالكه بل كان هذا
اولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد
ثبوته فاولى ان يمنعه من الثبوت لان المنع اسهل من الرفع لانا نقول المنع او الرفع
انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك
وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما واذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك
البات يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع
التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا ادى ضمان المغصوب
بعدما باعه ينفذ بيعه وقد طرا على الملك الموقوف الملك البات لانا نقول
ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتا
في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى ان
عند محمد رحمه الله بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لا نعدام الولاية فكان الاعتاق
حاصلا في ملك الغير وعندهما ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف
لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي الى وقت الاجازة لدفع الضرر والضرر
في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات الضارة **قال**
ولو قطعت يده عند المشترى فاجيز فارشه لمشتريه اي لو قطعت يد عبد باعه
الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون ارش اليد للمشترى لان الملك يثبت له من وقت
الشرا فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب او ولد
او عقر قبل الاجازة فهو للمشترى لما ذكرنا وهو حجة على محمد رحمه الله والعذر له
ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ الارش
ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبايع فاجاز
البيع يكون الارش للمشترى لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق فلا يفتقر الى
الملك الكامل ومع الخيار للبايع لا يثبت الملك للمشترى وبخلاف ما اذا غصب عبدا
فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب

موضوع للملك وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوائد
قال ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود
حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولانه
ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن
لان ارش اليد قام مقام النصف من الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر
نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كان بمقابلة الثمن
فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت
له يوم القطع حقيقة قال ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن المشتري على اقرار
البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد العبد لم يقبل لبطلان دعواه
بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وتمامه اقرار منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر
من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبنى الا على دعوى
صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع
اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري في دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام المشتري
بينة على اقرار البائع بان العبد للمستحق يريد بذلك ان يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل
بينته وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري في المسئلة الاولى وفي مسئلة الزيادات
في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسئلة
الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع
ما ذكرنا فيما اذا اقام البينة على ان البائع اقر قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه
على الشراء ينفي ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات
فيما اذا اقام البينة على ان البائع اقر بعد البيع انه للمستحق متناقضا فيقبل بينته
ولو اقر البائع في مسئلة الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع بطل
البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري
ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما
وان ادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه
وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه برئ بالتصادق وعند ابي يوسف رحمه الله
له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع وهذا بنا على ان ابراء الوكيل المشتري عن
الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بان انكر المالك
التوكيل وتصادقا انه وكله فان اقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك
فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار

وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا
فان طلب المشتري تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره لم يؤخره لان سبب الفسخ
قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف اخذ العبد وان نكل
عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم ياخذ العبد لان البيع صح
ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع ان يحلف رب العبد انه ما امره
ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع
المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع
واقام بينة على اقرار المالك بانه لم يامره لم يقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها
على اقرار مشتريه بذلك بعد موته يقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا الوجه حال
حياة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حياته اصل فيه فيمتنع بالتناقض وبعد موته
نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون متناقضا فكذا نائبه
ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك يسمع لانه لم يسبق منه ما
يجعله متناقضا بخلاف شريكه البائع حيث يكون متناقضا وللمشتري ان يحلفه بالله
ما يعلم ان المولى امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد
ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الاخر لتفرق الصفقة
عليه هذا اذا اقر المشتري بان العبد ملك الامر ولو انكر لغا قول الامر حتى
يقيم البينة على ملكه ولا يتوكل بائعه في خصومته لئلا يصير البائع ساعيا في
نقض ما اوجبه قال ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن
البائع ومعنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وانكر
المشتري لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة
البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف
مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى
هذا التقدير يعلم ان قوله وادخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في الباب وذلك ممم

باب السلم

وهو معنى السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل وسمي هذا العقد به لكونه معجلا على
وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة
بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد
بلفظ البيع في رواية الحسن لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره

وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع الابدي الى ما روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع ع
الامة قال ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلم المؤجل وانزل فيه
اطول اية وتلى قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه
وقد روينا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
والقياس يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم او موجود غير مملوك
او مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز بيع المعدوم وما في الا لا يجوز ولكن تركناه بما
ذكرنا **قال** ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لانه لا يفضي
الى المنازعة وقد قال صلى الله عليه وسلم من اسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر
وقد شرطه صلى الله عليه وسلم **قال** وما لا فلا اي ما لا تنضبط صفته ولا
تعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم
يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون
قال فيصح في المكيل والموزون المثمن لما روينا ولما بينا من المعنى واحترز
بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه مثمن حتى لو اسلم فيهما
لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتاجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم
يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل
تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني
وقول عيسى اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في محل
اوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا
العقد فيه وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان واما اذا اسلم الاثمان
فيهما كالدراهم في الدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف ان القدر بانفراده
يحرم النسا ولو اسلم في المكيل وزنا كما اذا اسلم في الحنطة والشعير بالميزان
روى الطحاوي رحمه الله عن اصحابنا انه يجوز لان الوزن والكيل انما يشترط ليعلم
القدر لا لنفي الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدي عن الواجب حكما في باب
السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن اصحابنا رحمهم الله
انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة والمؤدي عين والعين غير الدين حقيقة
فيكون المؤدي بدلا عن الواجب في الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون
مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا

قال والعددي المتقارب كالجوز والبيض لانه معلوم مضبوط مقدور
التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس
على اهدار التفاوت ولهذا يستوي قيمتهما فصار بذلك مردود الامثال بخلاف
البطيخ والرمان لان احادهما متفاوتة ولهذا اختلف في القيمة وبها يعرف
التفاوت والتساوي وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت
احاده في المالية ويجوز السلم في هذه الاشياء كيلا ايضا وقال زفر رحمه الله
لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه
انه لا يصح عددا ايضا لانه يؤدي الى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت
وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة
وبالعدد اخرى فينقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما لانهما كانا اذا كان يعرف
قدره بهما **قال** والفلس لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل
عند محمد رحمه الله لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والمسلم فيه عددا
ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات وهذه المسالة مبنية
على ان اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل
على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين
قال واللبن والاجر ان سمي ملبن معلوم لان احادهما لا يختلف اختلافا يفضي
الى المنازعة بعد ذكر الالة **قال** والذرعي كالثوب ان بين الذرع والصفة
والصنعة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب
حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به **قال**
لا في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع
والصفة لما روي انه صلى الله عليه وسلم استقرض بكرا ورد رباعيا ولانه بعد بيان
ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة يسيرة فلا تفضي الى المنازعة كما في الثياب ولنا
ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان ولانه يتفاوت احاده
تفاوتا فاحشا حيث لا يمكن ضبطه الا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن
ويتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق
والسرقة والفصاحة والامانة والشجاعة **قال** الشاعر

الا رب فرد يعدل الالف زائدا والف تراهم لا يساوون واحدا

وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه
كما في الحلقات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بالة

يجوز بيع بلا خلاف في القصيل والاكبر
كان قطعه كالسمسم فلا يجوز السلم فيهم

فإذا انحدث الآلة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر وما روي
أنه صلى الله عليه وسلم استقرض بكرا فالمراد به أنه صلى الله عليه وسلم استعجل
في الصدقة ممن لم يجب الزكاة على صاحبها فردها رباعيا أو استقرض لبيت المال
لأنه يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روي أنه صلى الله
عليه وسلم اشترى بعيرا ببعيرين إلى أجل كان قبل نزول آية الربا لأن الجنس
بانفراده يحرم النسأ أو كان ذلك في دار الحرب إذ لا يجري الربا بين المسلم والحربي
في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى العصافير
لأن النص لم يفصل **قال** وأطرافه يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان
كالرؤوس والأكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا عند أبي حنيفة
رضي الله عنه وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين
اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤوس وفي الأكارع أكثر
من اللحم أو مساو له فلا يمكن أن يجعل تبعا للحم فبقي معتبرا ولا يدرى قدره فيصير
قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا وأما العظم الذي في اللحم فقليل فأمكن جعله تبعا
للحم لقلته كما في عظم الألية ولو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه **قال** والجلود
عددا أي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيها إلا أن
يبين فيها ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فحينئذ
يجوز السلم فيها لإمكان ضبطها وكذا إذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما
بالوزن **قال** والحطب حزما والرطبة جرزا لأنه مجهول لا يعرف طوله وغلظه
حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك
بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز **قال** والجوهر والخرز لأن آحادها متفاوتة
تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لأنه مما يباع
بالوزن فأمكن معرفة قدره به **قال** والمنقطع أي لا يجوز السلم في الشيء
المنقطع لأن شرط جوازه أن يكون موجودا من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان
منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز
وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق وإن كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله يجوز
في المنقطع إذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراط
قبل ذلك ولنا ما روي عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة
حتى تزهي قالوا وما تزهي قال تحمر وقال إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه
رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار

حتى يبدو

حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر وفي لفظ حتى يبيض
ويأمن العاهة وهذا نص على أنه لا يجوز في المنقطع في الحال إذا حدث ورد في السلم لأن
بيع الثمار بشرط القطع جائز ولا يمنع أحد عن بيع مال معين منتفع به في الحال أو في المآل
وقوله صلى الله عليه وسلم فبم يستحل أحدكم مال أخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه
ولأن احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولأن القدرة على
التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم
إليه لأن الديون تحل بموت ~~المسلم إليه~~ من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم
القدرة على التسليم لأن جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن خطر يمكن وقوعه
لأن المحتمل في باب السلم كالواقع ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار
الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم
فيه فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وإن شاء انتظر وجوده وقال
زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس ماله للعجز عن تسليمه كما إذا هلك المبيع قبل القبض
ولنا أن السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه لعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما
إذا أبق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لأنه يفوت لا إلى خلف
وبخلاف ما إذا اشترى بالفلوس شيئا وكسدت حيث يبطل البيع به لأنها تفوت أصلا ولا
يرجى زواله ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف ما نحن فيه فإن لإدراك الثمر والقدرة على
التسليم أوانا معلوما فيتخير **قال** والسمك الطري أي لا يجوز السلم في السمك
الطري لأنه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه
السمك أو أسلم فيه في حينه جاز وزنا لا عددا وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يجوز
في الكبار التي تقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها
قال وصح وزنا لو مالحا أي إن كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا لأن
المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن
وبيان نوعه وذكر في النهاية معزيا إلى الإيضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا
وفي الكبار روايتان **قال** واللحم أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يجوز إن بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من
الجنب أو الفخذ مائة رطل لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الإتلاف
ويصح استقراضه وزنا وهو لا يصح إلا في ذوات الأمثال ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن
فصار كالألية وشحم البطن بخلاف لحوم الطيور فإنه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه
غير مقصود وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوى وكتضمن الألية

العظم ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال
ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا في الشتاء يعد مهزولا في الصيف ولانه
يشتمل على عظام غير معلومة ويجري فيه المماكسة فالمشتري يأمره بالنزع والبائع يدسه
فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار
كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالية فانه معلوم ولهذا
لا يجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان
الحكم اذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء احدهما لما عرف في موضعه والتضمين
بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم في رواية نص الجامع وكذا لا يجوز استقراضه
ولان سلم فيها فهو مضمون عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة على
الموصوف في الذمة وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة رضي الله عنه فيما اذا
اطلق السلم في اللحم ومما لا يجوز انه فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا منه معلوما
وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال وبمكيال او ذراع لم يدر
قدره اي لا يجوز السلم بذراع معين او بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع
فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال
فلا يتوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فواته وقد ذكرناه في اول البيوع
وفي الهداية لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما
ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء فيه للتعامل
فيه كذا عن ابي يوسف رحمه الله وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره
فلا يجوز السلم به كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان
القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس والتجويز في قرب
الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال يجوز باناء لا يعرف
قدره ويشترط في ذلك الاناء ان لا ينكبس ولا ينبسط ويعقد فيه استحسانا قرب الماء ايضا
قال وبر قرية وثمر نخلة بعينه اي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما آفة فلا
يقدر على تسليمهما واليه اشار صلى الله عليه وسلم بقوله اذا منع الله الثمرة فبم يستحل
احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بان كان له نظير فلا بأس به وكذلك
اذا النسبة الى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال وشرطه بيان
الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل كقوله حنطة سقية جيدة عشرة اكرار الى شهر
لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشياء وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس بشرط لجوازه
لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا

واشتراط

واشتراط الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا كالمعين والمعنى
فيه انه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه جائزا بينهما لا شرطا كغيره من انواع
البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادرا
على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا
بما يدخل في ملكه من رأس المال بواسطة العقد به ولهذا اوجبنا تسليم رأس
المال على رب السلم اولا قبل قبض المسلم فيه بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج
من يد مولاه عديما لا يملك شيئا فلا يقدر على الاداء في الحال فاشترط فيها التأجيل ليتمكن
من التحصيل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم (ووزن معلوم) الى اجل معلوم
شرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان
المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه (والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه)
وهو نظير من قال من دخل داري فليدخل غاض البصر حتى لا يجوز له ان يدخلها الا وهو
كذلك وكمن قال من اراد ان يصلي فليتوضأ وما رواه حكاية حال فلا عموم لها
لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط
لصحة العقد فما به تثبت القدرة وهو الاجل الذي يتمكن من تحصيله يكون شرطا
ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه
بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعينه كالآبق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم
بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع او عند عدم القدرة على التسليم حرام وانما
اجيز في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما
استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو
العجز عن التسليم لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال
الى زمان التحصيل او الحصاد فاسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل
ليقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان
البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه
كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والثمن فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام
التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه اصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة عقد
ارفاق فيصبر عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق
عليه لما كاتبه اصلا اذ العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماكسة
والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر
بالتأجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والا لزم ان يكون العوضان فيه عين

تسليمها في المجلس كغيره من الساعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا لأن في
معنى الرخصة لأجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته إلا نفعًا لهم فما يغلب ضررًا عليهم
ولأنه قال لو كان مشروعًا لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لأنا نقول السلم
في السلم لا يباع عادة إلا بالمثل ولا يتقدم على مثله إلا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا
البيع على أنه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها وشرط أن يكون
الأجل معلومًا لما روينا ولأنه إذا لم يكن معلومًا يفضي إلى المنازعة **قال** والله
أعلم أقل الأجل شهر روي ذلك عن محمد رحمه الله لأن ما دونه عاجل والشهر وما
فوقه آجل ألا يرى أن المديون إذا حلف ليقضين دينه عاجلًا فقضاه قبل تمام الشهر
بر في يمينه فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل
وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوي رحمه الله عن أصحابنا اعتبارًا بشرط الخيار وقيل أكثر
من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضًا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن
المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم وعن الكرخي رحمه الله أنه ينظر إلى
مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في التأجيل في مثله فإن أجل فيه قدر ما يؤجل الناس
في مثله جاز وإلا فلا والأول أصح وبه يفتى **قال** وقدر رأس المال في المكيل
والموزون والمعدود أي شرطه بيان قدر رأس المال إذا كان العقد يتعلق على مقداره
مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يحتاج
إلى بيان قدر رأس المال إذا كان معينًا لأنه صار معلومًا بالإشارة فلا يشترط
إعلام قدره كما في الثمن والأجرة والمذروعات والمعنى فيه أن معرفة العوض إنما
يشترط احترازًا عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالإشارة لا يفضي إلى المنازعة
كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولأبي حنيفة رضي الله عنه
أن جهالة قدر رأس المال قد تفضي إلى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي
عيبًا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره
ولا يدري قدره لينفي العقد بحسابه فيفضي إلى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وإن
كان موهومًا ألا يرى أنه لا يجوز بكيل معين أو بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم
هلاكه ولأنه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج إلى فسخ العقد بعد ما أنفق رأس
المال فيفسخانه ولا يدري كم يرد فيفضي إلى المنازعة والربا فيجب التحرز عن كل موهوم
لشرعه مع المنافي إذ هو بيع المعدوم ألا يرى أنه صلى الله عليه وسلم قال إذا منع الله
الثمرة بم يستحل مال أخيك بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا لأن الذرع وصف
فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بينا من قبل فجهالته لا تؤدي إلى جهالة

المسلم فيه ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة
درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لأنه ينقسم
عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلومًا أو أسلم جنسين ولم يبين
قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما
ولم يبين الآخر لأن رأس المال لا يكون معلومًا بمعرفة بعضه إذ لا يعلم به ما يخصه
من المسلم فيه والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت آحاده لأنه حينئذ يتعلق العقد
بقدره لأنه من المقدرات **قال** ومكان الإيفاء فيما له حمل من الأشياء أي شرط
جوازه بيان مكان إيفاء المسلم فيه إذا كان له حمل ومؤنة وهذا عند أبي حنيفة
رضي الله عنه وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لأن التسليم موجب العقد فيتعين
له موضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب تسليم رأس مال السلم في ذلك المكان فكذا
البدل الآخر إذ العقد يوجب المساواة ولأنه السبب الموجب للأحكام المتعلقة
به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده ولأنه لما لم يعين له مكانًا آخر لا
يتعين له ذلك المكان لأنه يفوت الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع
في غير موضع العقد لأن المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد
إذ العقد لا يقتضيه أو يكون إجارة في بيع فيكون مفسدًا للنهي المعروف عن صفقة في صفقة
ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط الحمل في ملكه
بل في ملك البائع وذلك غير مفسد ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيتعين ضرورة كأول
أوقات الإمكان في الأوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والإتلاف ولأبي حنيفة
رضي الله عنه أن تعين مكان العقد إما بالتعيين صريحًا أو ضرورة وجوب التسليم ~~عليه~~
عليه في الحال ولم يوجد إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلًا فيكون التسليم متأخرًا ضرورة بخلاف
البيع والإتلاف والقرض والغصب لأنه واجب التسليم في الحال فيتعين موضع وجود
السبب ضرورة ولأنه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في
بيع العين وكتعيين مكان العقد فيما إذا عقدا في لجة البحر وفساده لا يخفى فإذا لم يتعين
ولم يعينا مكانًا آخر بقي مجهولًا جهالة فاحشة فتؤدي إلى المنازعة فيفسد كاختلاف
الصفة لأن قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأماكن كما تختلف باختلاف
الصفة ألا يرى أن الحطب في المدن أغلى منه في القرى ولهذا قيل إن الاختلاف
في بيان مكان الإيفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقالا على عكسه لأن
تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه إلى ذكره فكان اختلافًا في موجب العقد
فتحالفا كما لو اختلفا في البدل وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه إلى ذكره فصار

كالاختلاف في شرط الخيار والأجل وعلى هذا الاختلاف الثمن والأجرة والقسمة إذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجلة بأن اشترى شيئا أو استأجره بحنطة في الذمة موصوفة أو اقتسما شيئا وجعلا لأحدهما مكيلا موصوفا في الذمة إلى أجل فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء في الصحيح حتى يفسد إذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفي موضع القسمة ثم إذا عين مصرا أجزأه لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لأن قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليعمل بالمصر فله أن يعمل عليها في أي مكان كان وكذا لو دفع ماله إلى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء ~~وكذا لو دفع ماله إلى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله أن يعمل في أي مكان كان~~ وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما فإن كان عظيما يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لأن جهالته مفضية إلى المنازعة ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لأن المنزل مجهول وقد يتبدل قبل التسليم ووجه الاستحسان أنه يراد به المنزل حال حلول الأجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله إليه ولو شرط الحمل إلى منزله قيل يجوز لأنه اشتراط الإيفاء فيه وقيل لا يجوز لأن الحمل لا يقتضيه العقد وإنما يقتضي الإيفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وإن شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله إلى منزله لا يجوز لأنه يملكه بالإيفاء ثم اشتراط الحمل يكون إجارة في بيع فلا يجوز **قال** وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وهذا على الطلاقة قول أبي حنيفة رضي الله عنه سواء بينا مكان الإيفاء أو لم يبينا لأن ماليته لا تختلف باختلاف الأماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل إن لم يبين فيه مكان الإيفاء يتعين مكان العقد عنده وهو الأظهر من قولهما لأنه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وإن بين تعين ذلك لأنه قد يفيد أمن خطر الطريق ويعتبر حاصله أن فيما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما أشبههما لا يحتاج فيه إلى تعيين مكان الإيفاء بالإجماع وإن اختلفت الروايات في التخريج في أي مكان يجب تسليمه على ما بينا **قال** وقبض رأس المال قبل الافتراق أي شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفترقا والمراد شرط بقائه على الصحة لأنه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وإنما شرط قبضه قبل الافتراق لأن السلم ينبئ عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أو لا لما ذكرنا ولأنه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولأنه لا بد من تسليمه إليه ليتصرف فيه فيقدر على التسليم المسلم فيه

ولهذا

ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لأنه يمنع تمام القبض إذ القبض لا يتم إلا إذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لأنه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد لأنه دين في الذمة فكل ما يرده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه إذا كان مما يتعين بالتعيين لأنهما يفيدان الفسخ بالرد ولأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لأن الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لأن السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فإذا أجاز التحقت الإجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لأنه يمنع انعقاده في حق الحكم وبوقوع الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز إذا كان رأس المال قائما عندنا بإسقاط الخيار وإلا فلا لأن الإتمام معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر رحمه الله وهو مبني على قاعدته أن العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله إعلام رأس المال إعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله أن يكون موجودا من حين العقد إلى حين المحل **قال** فإن أسلم مائتي درهم في كر مائة منها دين عليه ومائة نقد فالسلم في الدين باطل أي في حصة الدين لأنه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لأنه طارئ إذ السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقد ما بقي قبل الافتراق صح لأن الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الأخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما إذا باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر لما قلنا بخلاف ما إذا جمع بين عبد وحر وباعهما حيث يبطل فيهما لأن البطلان فيه مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالته ثمنه أو لأن العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين أن يضيف إليهما كما ذكر في الكتاب أو يضيف إليهما ~~كما ذكر في الكتاب~~ أو ما بين مطلقا ثم يجعل المائة من رأس المال قصاصا بما في الذمة من الدين في الصحيح لأن المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا إذ الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه ألا ترى أنه لو باع عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا

بدين وهما يعلمان ان لا دين بطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال اسلمت اليك
هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط
تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما
نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بان كان له على آخر مائة درهم
فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين في اكرار معلومة لا يجوز في الكل ما حصة الدين
فلما ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر راس المال وقد بيناه وعن
زفر رحمه الله ان السلم في الكل باطل في الجنس الواحد ايضا لانه لما بطل في حصة
الدين وجب ان يبطل في غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته في الآخر فيفسد
في الكل وجوابه ما بينا على ما تقدم وامامنا فيه ابن عباس رضي الله عنه **قال**
ولا يصح التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم
فيه مبيع بدليل ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه وراس
المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض المستحق ولا يجوز الا ترى
الى قوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فهذا يمنع التصرف
فيهما قطعا حيث لم يجوز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية تمليكه بعوض وفي الشركة
تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبه بالمبيع حتى لا يجوز بفوت
القبض فيه بالتمليك او بالابراء كالمبيع فاخذ حكمه **قال** فان تقايلا السلم
لم يشتر من المسلم اليه شيئا براس المال يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا سلمك حال قيام العقد او راس
مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لان
الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان يجعل راس
المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم فيه
قبل الفسخ فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فاخذ حكمه من حرمة
الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم راس
المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم
استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها
كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه وان كان
لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بعد الاقالة وهو القياس لانه لما

ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى ح

بطل السلم

بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان
ما بيناه **قال** ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح
لو قرضا او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل معناه ان يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع
هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب
السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل بينهما مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد في
الاولى وهو ما اذا امر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء لحقه فلم يصح ووجد
في الثانية وهو ما اذا امره المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم بقبضه لنفسه بالكيل
ثانيا فلهذا جاز والاصل فيه ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري
فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ومحمله على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما
في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح فان قيل بيع المسلم اليه مع رب السلم
سبق شرى المسلم اليه من بائعه فلم يكن للمسلم اليه فاما لرب السلم بعد الشرى فلا يدخل تحت
النهي قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة
وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم
فيه بجنسه جائز الا ترى انه لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه
لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما فثبت انه بيع جديد بعد الشرى فوجب الكيل ثانيا لاجله
بخلاف ما اذا كان الكر قرضا فاشترى المستقرض كرا فامر المقرض بقبضه قضاء بحقه يجوز
وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه
تقديرا فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم يتحقق
الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير اعادة كيل **قال**
ولو امره رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء خلاف المبيع يعني لو
دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا مثل الغرارة مثلا وامر المسلم اليه ورب السلم
غائب لم يكن قضاء ولو كان رب السلم مشتريا بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى البائع
ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البائع والمشتري غائب صح وهو المراد بقوله
خلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف
امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن
اذا دفع كيسا الى المديون وامره ان يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح والمشتري ملك الطعام
بنفس الشرى فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البائع وكيلا
في امساك الظرف فيكون الظرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما
ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الصحيح الا ترى انه لو امره بالطحن او بالقائه في البحر ففعل يكون

امر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء بحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا ح

ما تو علي

ان يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ح

على الآمر في الشراء وتقرر الثمن عليه وفي السلم على المأمور لما قلنا فان قيل البائع لا يصلح ان يكون
وكيلا للمشتري في القبض حتى لو وكله في القبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور
ان يكون وكيلا له هنا قلنا لما صح امره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شيء يثبت
ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكال له المسلم اليه بحضرته وخلى بينه
وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشراء ان يكيله ويجعله في ظرف
البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشتري صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا
تصح العارية لانها تتبرع دون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري فصار كما
لو امره ان يجعله في ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري
وامره ان يجعلهما فيه فان بدا بالعين صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما
الدين فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصائغ فضة وامره ان يزيد عليه
من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان
يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ
اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه
فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال لم يصر قابضا وان بدأ بالدين
ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما
خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلينتقض البيع وهذا
الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتيقن برضاه به حتى يكون
شريكا له وعند ابي يوسف رحمه الله يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدا بالعين لانه لما
كال الدين اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر البائع قابضا له لما قلنا ولما كال العين بعده
وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين ايضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدا
بالعين وقال محمد رحمه الله يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري
بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيرا لظرفه ولما كال العين بعده وخلطه به صار
خالطا ملك المشتري بملك نفسه ومستهلكا له باذنه فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين
لعدم القبض بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم يملك
الدين باتصاله بملكه بعده وهكذا ذكره القاضي خان وذكر صاحب الهداية ان المشتري
بالخيار عندهما ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما **قال** ولو اسلم امة في كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت او ماتت قبل بلغ
الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم
الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في الاولى

وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ووجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة
الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه
وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد
الهلاك لان البقاء اسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز
لوص عن ردها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما تقايضا عبدا بجارية ثم تقايلا بعد هلاك
احدهما فانه يصح لبقاء احدهما ووجب رد الباقي منهما ووجب على الاخر قيمة الهالك لما قلنا
قال وعكسه شراؤها بالف اي عكس مسألة السلم شراء الجارية بالف فان الحكم فيها
لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها
ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا
بقاء لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء
بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه
مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء احدهما فحاصله ان هذا الجنس ينقسم الى اربعة اقسام
احدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع
انهما و العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه اذا تقايلا
فيه بعد هلاك احد البدلين او كليهما او هلك البدلان او احدهما بعد الاقالة
قبل الرد صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة
الاخر وذلك غير متعين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة
وهذا لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا كان المقبوض
قائما كان لهما ان يردا غيره بعد التقايل **قال** والقول لمدعي الرداءة والتأجيل
لا لنافي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما
شرطنا رديا وقال الاخر لم نشترط شيئا او قال احدهما شرطنا الاجل وقال الاخر لم
نشترط شيئا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم
فيه لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من
حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا
اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من
يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان اتفقا على عقد
واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسألة ان يقول لو اسلم دراهم الى رجل في
كر حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيئا كان القول قول
المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذ الظاهر مع رداءته يزيد على راس

المال وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه
الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه يدعي الصحة وعندهما
القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل كان القول لرب السلم
عندهم لان المسلم اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا
فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم
فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد راس المال وهو اقل من المسلم فيه عادة فوجب
ان يكون القول له لانكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلما فلم يتيقن
بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف عندهما لان
الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت فيه لان فيه نفعه بسقوط
المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر
وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على راس المال عادة واذا جعل القول لرب السلم
يرجع في مقدار الاجل اليه ايضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب
السلم فالقول للمسلم اليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما القول لرب السلم
لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان انكر الصحة كرب المال يقول
للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف
الربح ولم يرد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاق
الربح عليه ولابي حنيفة رضي الله عنه انهما اتفقا على عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق
على شرائطه لان شرط الشي تبع له وثبوته بثبوت الاصل فانكاره الاجل بعد ذلك رجوع
منه عما اقر به فلا يقبل كالمتناكحين اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود
كان القول لمن يدعي النكاح بشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد
لان المضاربة اذا صحت يكون شركة في الربح واذا فسدت يكون اجارة ولئن سلمنا انهما
اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل واحد منهما يمكن من فسخه بعد العقد
فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال
فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامراته تزوجتك وانت
صغيرة وقالت تزوجتني وانا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم
يقر بالعقد بل انكره حيث اسنده الى حالة منافية للصحة لعدم الاهلية **قال**
وصح السلم والاستصناع في خف وطست وقمقم اما السلم فلانه يمكن ضبط صفته
ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا من قبل واما
الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا

وقال رب السلم كان له اجل ح

هي ح

هذا

هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال صلى الله
عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول
الحمام والاحتجام باجر وطلب شربة ماء من السقا بفلس كل ذلك جائز للتعامل وان كان
القياس يأباه لجهالة لانه لا يعرف قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل او يشرب من الماء
وكم قدر ما يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة الاجماع او النص وقد قال صلى الله عليه
وسلم لا يجتمع امتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول ابي حنيفة رضي الله عنه في المزارعة
فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم ياخذ به واخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا
في الصدر الاول ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا
جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما اذا اجتمعت
فيه شرائطه ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد
وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد
منهما وجه قول الجمهور ان محمدا رحمه الله سماه شرا وذكر فيه القياس والاستحسان
وفصل بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه
والمواعيد يجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار
الرؤية ولا يملك به البدل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما
للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا
اذ كل احد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع المعدوم
للحاجة اصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال
ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو
العمل فتسمية العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الالة للعمل
ولهذا يبطل بموت احدهما والاول اصح ولهذا لا يشترط ان يعمله بعد العقد حتى لو جا
به لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع
قبل ان يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله
قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شرا واثبت
فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت احدهما لان للاستصناع
شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما
ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه ما ذكرنا من احكام البيع وقيل ينعقد اجارة
ابتداء وبيعا انتهاء قبل التسليم لان البيع لا يبطل بموت احدهما بل يستوفى من تركته والاجارة

الآلة ح

لا يثبت فيهما ذكرنا من احكام البيع فجعلنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة
كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتدا بيع انتها والمعنى فيه ان المستصنع طلب منه
العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما فان قيل اذا اعتبر ترجيحه معنى
الاجارة ومعنى البيع وجب ان يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يجبر قلنا الاجارة تفسخ
بالاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره كان للصانع فسخه
وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى ما لم يره
على من قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا
يظهر في حقه قال وله الخيار اذا راه اي للمستصنع الخيار اذا راى المصنوع
لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه
اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ المسلم فيه دين في الذمة فيفضي فيها حتى يعضه وهنا ينفسد
الفسخ لانه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا خيار
لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع
فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع لانه المشتري لما لم يره
والصانع بائع قال وللصانع بيعه قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع
وقيل ان يراه كان له ان يبيعه لعدم تعينه واذا راه ورضي به ليس له ان يبيعه لانه بالاحضار
اسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه ايضا قال
ومؤجله سلم اي اذا اجل المستصنع صار سلما وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا
تعامل فيه فهو سلم لان الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا
فتعين حمله على السلم تحريا للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين
لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها اولى ويحمل الاجل على الاستعجال
لانه يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم
فيه فيحمل المحتمل عليه ولان الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازما
كعقد الشركة والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتاخير المطالبة فلا يخرج به العقد من
جنس الى جنس اخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر
الاجل استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل سلما لكان فاسدا لانه شرط فيه عمل رجل واحد
وانه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل
على السلم لفسد الا ترى انه يفسد اذا لم يضرب له اجل فحملناه عليه ما امكن لما ذكرنا ولابي حنيفة

انه

انه يحتمل السلم فكان حمله اولى وهذا لان جوازه اما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم
ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه وجواز
الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة الغريبة في بعض الاشيا فكان حمله على السلم اولى
فيما احتملاه لكونه اقرب الى الجواز ولهذا احمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له اجل لكونه
في حكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح باعتبار
اللفظ الا ترى ان الحوالة بشرط ان لا يبرا الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة وكذا البيع المنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل لتاخير المطالبة وذلك باللزوم
واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين
ولهذا اجاب به وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه
سلما بذكر الاجل ان السلم استصناعا بحذفه الا ترى ان النكاح بذكر الاجل يكون
متعة ولا يكون المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح ان يكون اجلا
في السلم وقدرناه فيما قدرناه من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا
ففاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكر على وجه الاستعجال بان
قال على ان يفرغ عنه غدا او بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتاخير المطالبة
وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك
فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشي وعن الهندواني رحمه الله ان ذكر
الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع
فهو للاستمهال فيكون سلما ثم فائدة كونه سلما ان يشترط فيه شرائط السلم من قبض راس
المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه على ما بينا

باب المتفرقات

قال رحمه الله صح بيع الكلب وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح بيع الكلب العقور لانه
لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب اصلا لنهيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع الكلب وقال صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن
الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه
صلى الله عليه وسلم قضى في كلب باربعين درهما ولانه مال متقوم اله الاصطياد فيجوز
بيعه كالبازي الا ترى ان الشرع اباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا
ولا يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين

يكون ح

كالميتة الآدمي انه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين بخلاف الهوام المؤذية
لانه لا ينتفع بها وما رواه الشافعي رحمه الله محمول على ابتداء الاسلام حين كان يامر
بقتل الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال روي انه صلى الله عليه وسلم رخص في
من كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح ولا فرق في ذلك بين جميع انواع
الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او قابلا
للتعليم **قال** والفهد والسباع والطيور لانها حيوان يجوز الانتفاع بها
شرعا ويقبل التعليم عادة فيجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال او في المال
وله قيمة نحو الجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حية مخ ونقطة ماء
وكف من تراب لانها لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به حملا وركوبا
وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن عنه انه يجوز لانه
يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور
والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع ومخلب من ذمي
الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا
لا يجوز بيعه **قال** والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير لقوله صلى الله عليه وسلم
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون محتاجون الى تبقية انفسهم ليتحملوا اعباء
التكاليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب
لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز
للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم
وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد
المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من المسلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز
لانها اموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا وهذا لانا امرنا بان نتركهم
وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر ولوهم
بيعها وخذوا العشر من اثمانها والصحابة رضي الله عنهم متوافرون ولم يعرف له مخالف
فصار اجماعا **قال** ولو قال لغيره بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة سوى
الالف صح بالالف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن
يعني زاد هذه الكلمة بان قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى
الالف فانه يصح ويكون الالف على المشتري والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي
لا تصح الزيادة ولا يلزمه وهذا مبني على شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلتحق باصل العقد
عندنا وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني ان اصل الثمن لم يشرع

بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد بازائه ما لا يقابله وفصل
الثمن يستغني عن مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له
بمقابلتها شيء فكذا تجوز من الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لهما شيء بمقابلة
البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه فكذا هنا لكن من شرط صحة
الزيادة ان يوجد المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة
صورة وان لم يقابله حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف قيمته يجوز وان لم يقابل ما
زاد على قيمته وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال من
الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء
وهو رشوة لان يبيعه وهي حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه للاصيل بمقابلته
شيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم
الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع
وفي حق الشفيع المرابحة حتى اذا اخذ البائع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح
على الالف لانه قام به ويأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت في حقه وان كانت
من المشتري لعدم ولايته عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الزيادة لانها من الثمن
وفي قياس قول ابي يوسف رحمه الله لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده
بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بامر
المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح عليها وعلى الالف
ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بامره لانه لما انعقدت من جهته صار هو وكيلا
فيها فيرجع اليه الحقوق او لانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا
كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هذا ولو رده بعيب او
تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه اخذها منه دون المشتري وذكر في الكافي
ان الشفيع يأخذها بالف ومائة لجعلها ظاهرة في حقه ايضا ولا يقال هذا مشكل
فان الزيادة اذا كانت من المشتري بنفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له اخذها باصل
الثمن من غير زيادة فكيف يجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما
بينا لانا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة
بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن صار
كفيلا بمائة من الثمن الذي هو الالف ولا يثبت الزيادة لانه يتعذر جعله زيادة
على الالف حيث لم يقل سوى الالف ويمكن ان يجعل من الثمن الواجب على المشتري فيجعل منه
ثم اذا رجع عليه ان كان بامره والا فلا وقد عرف في موضعه فصار الحاصل في المسئلة ثلثة

اذ لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبي ح

مال حقيقة ح

صورٌ احداها ان يقول بعه بالف على انّي ضامنٌ لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية
ان يترك قوله سوى الالف والثالثة ان يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلثة وحكمها
فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد
فانه لا يجوز الا باجازة المشتري او يعطي الزيادة من عنده او يضمنها او يضيفها
الى نفسه وان زاده بامر المشتري جاز ولا يلزمه شي والمال لازم للمشتري لانه
سفير فيه ومعبّر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا
لانه لا يخلو عن اضافته الى المشتري بان يقول زدتك على ثمن العين التي اشتراها
منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بامر بل
رسولا **قال** ووطي زوج المشتراة قبض لا عقده يعني لو اشترى يعني لو اشترى
امة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال
بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا
ترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان قبضا لها لان
الوطي من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان
لم يطأها لا يكون قبضا استحسانا ان يكون قبضا بنفس التزويج لانه تعييب حكمي الا والقياس
ترى انه لو وجد المشتراة من وجه يردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطي
وجه الاستحسان انه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو
عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله فصار
كنقصان السعر بخلاف الوطي لانه فعل حسي اتصل بها واوجب نقصانا في ذاتها
لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا يضمن بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها
بالقطع الا ترى انه لو اقر المشتري بدين على العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضا
وان تعيّب من حصته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق
لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية او حقه ومن ضرورته تصير قابضا
قال ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة
لم يبع بدين البائع والا بيع بدينه اي اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض
واقام البائع البينة ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن
وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي
بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه
ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر اين هو اجابه القاضي في المنقول ان اقام
بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على غائب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال

لان القاضي

لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظره في بيعه لان البائع يصل به الى حقه
ويبرأ من ضمانه والمشتري ايضا يبرأ منه من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال
عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت
البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد اقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه
فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البائع ان يصل الى حقه فيبيعه
القاضي احيا لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف
ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يبيعه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال
هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي
يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه
ان يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه
لان الشي قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا بيع واوفي ثمنه فان فضل شي من دينه
يمسك للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شي منه يتبعه البائع
اذا ظفر به **قال** ولو غاب احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه
حتى ينقد شريكه يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب احدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل
الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه
الا بطريق المهاياة وكان متبرعا فيما ادى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها
في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا
حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البائع على قبول ما اداه الحاضر
من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البائع على تسليم
نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر
لابي يوسف رحمه الله ان الحاضر قضى دينا على الغائب بغير امره فكان متبرعا فيه ولا
جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون
متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشرا
وكمعير الرهن وصاحب العلو في قضا الدين وبنا السفل ولهما ان الحاضر مضطر
الى اداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا
مع الاضطرار الى اداء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير
الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشرا اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته
وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب ثبت بقبول

الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الآخر
وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن
فاشبه الاجنبي والاصل ان الشيء متى تردد بين شيئين توفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي
يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا اولى
من العكس لانه في حالة الحضرة يمكنه ان يخاصمه الى الحكام فلا يكون مضطرا وفي حالة
غيبته لا يمكنه فيجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد
به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه **قال**
ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما
على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كانه
قال بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى
جارية بالف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم
لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا
لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا
قاعدته في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل
الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع **قال** وان قضى زيفا
عن جيد وتلف فهو قضاء يعني اذا كان له على آخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم
فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق
صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما يراعى حقه من حيث القدر الا انه يتعذر الرجوع
عليه بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين
رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في
الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام
في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استوفى فلم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة
لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان
حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلا ينقض القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل
تبعا والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن والمولى اذا اتلف ملك عبده المأذون
المديون حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هنا لاجل
حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يمكن الا بايجاب قيمته لحقه **قال** وان افرخ طير
او باض او تكنس ظبي في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به

لقوله

٢١٢

لقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره
وشيه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم اي البيض والفرخ
وهذا اذا لم يكن ارضه مهيأة لذلك وان كانت مهيأة للاصطياد فهو له لان الحكم
لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف يتعلق
بها صيد او حفر بئرا للماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء وان قصد به
الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد — ان كان محرما صح
داره او وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف عسل النحل في ارضه حيث يملكه وان
لم يكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة
والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وان لم يكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا
اخذ من ارض العشر **قال** ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع
والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل
والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم والاصل فيه ان
كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط
الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها
من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط
الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن
العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق
على مال والخلع ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه الا ترى انه صلى الله عليه — ونحو ذلك صح
وسلم اجاز العمرى وابطل الشرط والاصل الآخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز
في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط
المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو
من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات
قال صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة — رواه البخاري
فاذا عرفنا هذا جئنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال
فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط
بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا
او ضارا الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به

فانه يجوز اذا وقته بثلثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلائمه او فيه اثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او التاجيل او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على ان يحذوها البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والاقالة وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تمليك اما الاجارة فظاهر لان فيها تمليك المنفعة والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصارت كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما يذكر في الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجيء الوقت يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح معلقا بخطر ولا مضافا الى زمان بان يقول الحكمان اذا اهل الشهر او قال لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز تعليقه بشرط واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضاء ولابي يوسف رحمه الله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال قال وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة

وتعليق الرد بالعيب او بخيار الرؤية وعزل القاضي هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة الا ترى انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وكذا ابطل شرط الولاء لغير المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها اشتري فاعتقي فانما الولاء لمن اعتق قاله لها حين اراد موالي بريرة ان يكون الولاء لهم بعدما اعتقتها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص شاء واما اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كان كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم اعني من القسم الذي لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميما للفائدة في موضعه وانما تركه الشيخ رحمه الله هنا لانه ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة او التوليات كالقضاء والامارة على ما بينا واما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فيكون مضافة ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريق الاجارة ويراعي فيهما شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا

للمالك فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات
فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملايم على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة
حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والايصا بالمال او باقامه
شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك بعد الموت او
توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها اما الايصا الى شخص فلانه توكيل وقد بينا
انه يجوز تعليقه بالشرط واما الوصية بالمال فلان لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت
اذ لا يتصور ان يكون في الحال الا مجازا والقضا والامارة توليه وتفويض محض فجاز
اضافته وتعليقه بالشرط واما الثالث وهو ما لا يصح اضافته الى الزمان فلسبعة البيع
واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال
والابرا عن الدين لان هذه الاشيا تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز
تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله اعلم بالصواب

كتاب الصرف بلغ

قال رحمه الله هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا بيع احدهما بالآخر
او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما الفضل قاله الخليل ومنه
سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرايض قال صلى الله عليه وسلم من
انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه
لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى
ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل في بدليه من يد
الى يد قبل الافتراق قال فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة
وصياغة والا شرط التقابض يعني اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالفضة يشترط الذهب او الفضة ح
فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصيغ
وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط
التساوي لحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال الذهب
بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل سوا بسوا يدا بيد فاذا اختلفت هذه
الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه والورق بالورق
الذهب بالذهب مثل بمثل الى ان قال وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه مثل بمثل ح
لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الآخر لعدم
الاولوية وتحقيقا للمساواة فيهما لان للتأخير من النسيئة لانها على عرض التوى دونه

ولا فرق في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب
او يتعين احدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه
شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد
او شرط البقا على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا يشترط القبض مقرونا بالعقد الا سوى ز
ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه جعل كانه وجد
حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقا على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط
ان يتقابضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو نا اي اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل
الافتراق صح بخلاف المخيرة لانه يبطل بالاعراض او بما يدل عليه قال فلو
باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق
دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف وان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما
بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار
يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه
وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا الا اذا اسقط الخيار او الاجل في المجلس
فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع الفضة او الذهب بجنسه مجازفة
ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر رحمه الله يصح لان التساوي
حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا
اما وجوده في علم الله تعالى لا يصح شرطا للجواز لان الاحكام مبني على فعل العباد تحقيقا
لمعنى الابتلا قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه بان باع دينارا بيع ح
بدراهم واشترى بها ثوبا فسد الثوب لان في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد
ولا يقال ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله اذ النقود لا تتعين
في العقود والفسوخ دينا كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم دينا على المسلم اليه جاز
السلم حتى اذا سلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق ثم السلم ولو تعين لما
صح لكونه كالبا بكالي لانا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على
غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بان يوفيه وهو شرط مفسد
كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى
به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى او نقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع
فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب واما اذا كان
مما يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو
لا يجوز على ما بينا من قبل قال ولو باع امة مع طوق قيمة كل الف بالفين ونقد

من الثمن الفا فهو من الطوق وان اشتراها بالفين الف نقد والف نسيئة فالالف
من الطوق يعني اذا باع امة في عنقها طوق فضة وزنه الف مثقال مع الطوق وقيمتها
الف بالفي مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بالف نسيئة
وبالف حالة كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل الف
اي قيمة كل واحد من الجارية والطوق الف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما
يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر
الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قل قيمتها او كثر عرفنا للجواز فلا
فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق الا اذا قدر ان الثمن خلاف جنس الطوق
بان كان فضة والثمن ذهب او بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتها لان الثمن يقسم
عليها على قدر قيمتها وكذا المراد في قوله فالالف ثمن الطوق اي الالف الحال ثمن
الطوق وانما كان كذلك لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف
والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا
يجوز شرعا فيصرف المتاخر الى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق لاحسان الظن
بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في صحتها فيتقدر الفساد بقدر
المفسد على ما بينا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما
لو جمع بين حر وعبد في البيع بخلاف الفساد في المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى
غيره كما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما قبل القبض او استحق بعده قال
وان باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد حصتها وان لم يبين او قال خذ هذا من ثمنها
اما اذا لم يبين فلما ذكرنا ان امرهما يحمل على الصلاح واما اذا قال خذ هذا
من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسي
احدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما وقال صلى الله عليه
وسلم اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالا
ولهذا لو قال لامرأتيه اذا حضتما حيضة او ولدتما ولدا فانتما طالقان فولدت
او حاضت احداهما طلقتا لانه يراد به احداهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد
او حيضة واحدة بخلاف ما اذا قال ان حضتما او ولدتما فانتما طالقان حيث يعتبر
وجوده منهما للامكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من
ثمن السيف لا يبطل ايضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قال بان الكل من السيف
يكون المقبوض من الحلية لان السيف مع الحلية شيء واحد فجعل المنقود عوضا منه ولان

سلام

ثمن نقره

مراده ان يسلم له كل الثمن ولا يسلم له الا بهذا الطريق **قال** ولو افترقا بلا قبض صح
في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا يعني بطل العقد فيهما لان حصة الصرف
يجب قبضه قبل الافتراق واذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف
ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الصرف فصار كبيع جذع من سقف وان
كان يتخلص بدونه جاز لقدرته على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر
في النهاية معزيا الى المبسوط فقال لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة
وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاضافة
عند المساواة في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد التصريح الدافع فيكون المدفوع
من ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فيكون اعرف بجهته
قال الراجي عفو ربه ينبغي ان يكون هذه كالمسئلة المتقدمة من انه ينصرف الى الحلية
على ما بينا ومن انه على التفصيل المتقدم يعني اذا كانت الحلية تخلص بغير ضرر صح في السيف
خاصة والا فسد في الكل وفي المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة ينظر ان لم
يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة
البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان امكن
تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع
بدون جواز الصرف فعلى هذا ما ذكر في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تخلص
من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر في المحيط هذا اذا علم ان الفضة التي من الثمن
اكثر مما في الطوق والحلية وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز للربا وان كان يجهل لا
يجوز وقال زفر رحمه الله يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي
عن العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة عند
العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه يتصور ان يكون اقل منه او مثله او اكثر فجهة
الفساد من وجهين وجهة الصحة من وجه فيترجح جهة الفساد بالكثرة والحرمة **قال** ولو باع اناء
فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما يعني اذا باعه بفضة
او ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض
ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة ايضا لان التفريق من جهة الشرع
باشتراط القبض لا من العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة لان الشركة
حصل من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك احد العبدين قبل
القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي لانه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا
استحق بعض الاناء على ما يجيء **قال** وان استحق بعضه اخذ المشتري ما بقي

لما بيناه

بقسطه او رد لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا
عند البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا اشترى اناء فضة وافترقا وقد
نقد عليه بعض الثمن حيث لا يرده لان التفريط جاء من جهة المشتري على ما بيناه **قال**
ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطه بلا خيار لان الشركة فيها ليست
بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن اذا استحق قبل القبض بعضه يثبت له
الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك
يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لا من قبله بخلاف ما اذا استحق بعد
القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض **قال** وصح بيع درهمين ودينار بدرهم
ودينارين وكر بر وكر شعير بضعفيهما بان يبيعهما بكري بر وكري شعير وانما جاز لانه يجعل
كل جنس مقابلا بخلاف جنسه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز هذا العقد
اصلا لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففي حمله
على خلاف الجنس تغيير له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز
لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة
بخمسة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى
عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يصح في المشترى
بالف لانه اشترى ما باع باقل مما باع وان كان امكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى
وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير وان امكن تصحيحه
بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض
بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من
جانب الى الثوب من الجانب الاخر ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد
وفي صرفه الى جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله
ووصفه والفاسد مشروع باصله دون وصفه ولان العقد يقتضي مطلق المقابلة
من غير ان يتعرض لمقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه
ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود
لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض لصفة
بل للذات فقط على ما عرف في موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق
الا ترى انه لو قال عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان زمانا قبله لما
صح فكان حمله على المقيد المصحح اولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل
شائعا طلبا للصحة الا ترى ان الكلام اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا تعذر

الحقيقة

الحقيقة حمل على المجاز الممكن اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه وليس كان تغييرا بل هو تغيير
للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي موجودة لان اصل المقابلة فيه افادة الملك في
الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة
انه لو باع الجنس بالجنس بان باع دينارا بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا
ثم افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قالاه لما صح الا في نصف كل واحد من
المقبوضين لان مقابلة الشيوع تقتضي ان يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير
المقبوض فيبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين بطل العقد لان الدرهم
تقابل الدرهم والدرهم الاخر يبقى فضلا ولذلك لم يجعل فصار كما لو باع نصف عبد
مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بالف
درهم وفي البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة
فانه يصير تولية في القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان
ابطالا له اصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف
الى العبد المشترى يمكن تصحيحه ايضا بصرف الالف ومائة اليه او الالف وما بين
الى غير ذلك من الصور وفي هذا نظر فان الطريق متعددة في مسئلة الكتاب ايضا
فانه يجوز بصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم
كما يجوز صرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه اقل
تغييرا فكان اولى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد
بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا
بالجنس او بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق عن قبض اذ القبض شرط
البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح
بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم البقاء
وفي الابتداء متحقق فلا بد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل في هذا الباب
ان احد البدلين يجب قسمته على البدل الاخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع
بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ثم اذا كان العقد
مما لا ربا فيه فان كان لا تتفاوت احاده فالقسمة على الاجزاء وان كانت تتفاوت
فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا يجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد
لا غير **قال** ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة يعني
يجوز بيعه لانهما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة من الدراهم
المقطعة وقيل هو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا ينافي لاحتمال ان يكون هي

صح

بص

ع

قال واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار يعني يجوز فيكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بيناه

المقطعة **قال** ودينار بعشرة عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا
العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك ومعناه ان يكون لرجل على آخر عشرة دراهم فباعه
الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار ثم
تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز اما اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء
فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين
احد العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز
عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه
ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم ان ما لم يتعين ازيد من الذي على خطر التوى فيتحقق
الفضل الا ترى انهما لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا تصح لفوات الخطر لكون كل
واحد منهما بائنا قبل البيع ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا
فالمذكور هنا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه يكون استبدالا
ببدل الصرف لان الذي وجب بالصرف غير الدين الذي كان عليه وهذا لانه وجب
بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربا والدين الذي كان عليه لا يجب
قبضه فكانا غيرين الا ترى ان المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة ويكون التقاص
بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه اخذ ما في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن
الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في راس مال السلم ووجه الاستحسان انهما لما تقاصا
تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين
اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فثبتت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا
بالف ثم جدداه بالف وخمسمائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني
اقتضاء فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل
بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين يجب
والاول اصح لان التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف آخر
فيكتفى بوجود الدين عنده لانه عقد جديد يكون من ذلك الوقت من غير استناد الى ما
قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين
آخر مطلقا متقدما كان او متأخرا لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة براس المال
لصار افتراقا عن دين بدين وهو منهي عنه ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة
وهو اخذ عاجل باجل للضرورة فاذا لم يقبض شيئا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز
اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل ~~الدين ابتداء بان يجعل~~ الدين الذي على المسلم اليه راس
مال السلم بخلاف الصرف **قال** وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا

تصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا
لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيهما
خلقة فيتعسر التمييز بين المخلوط والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والرديء
والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذي فيهما معدوما حتى لا يكون
له اعتبار اصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث يعتبر الفضة
والذهب اللذان فيه على ما نذكر من الفرق من قريب ان شاء الله تعالى **قال**
وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير لان العبرة للغالب في الشرع
قال فصح بيعها بجنسها متفاضلا اي بالمغشوش مثلها عددا او وزنا لان الغش
من كل واحد منهما مقابل بالفضة او الذهب الذي في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما
لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف في البعض لوجود الفضة
او الذهب من الجانبين ويشترط في الغش ايضا لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف
بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا
اذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب الخالص لا بد ان يكون الخالص اكثر من الفضة
او الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع
الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة او الذهب المغلوب
بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب
بالفضة او الذهب فجعل كأن كله فضة او ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق
بينهما ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون
ومالا بالاذابة فان الذهب والفضة يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة
وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكاة ايضا بخلاف
الغش المغلوب بهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال ايضا فلا يمكن اعتباره
اصلا حتى لو عرف ان الفضة او الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه
شيء كان حكمه كحكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة او الذهب الذي فيه اعتبار
اصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربا ومشايخنا رحمهم الله لم
يفتوا بجواز التفاضل في العطارفة والعدالى وان كان الغالب فيها الغش لانها اعز
الاموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو ابيح التفاضل فيها لانفتح باب الربا
قال والتبايع والاستقراض بما يروج عدا او وزنا او بهما لان المعتبر فيهما
لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر
فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج

بالوزن فبالوزن وإن كانت تروج بالعدد فبالعدد وإن كانت تروج بهما فبكل
واحد منهما قال ولا تتعين بالتعيين لكونها أثمانا يعني ما دامت تروج لأنها
بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية
لقيام المقتضي قال وتتعين بالتعيين إن كانت لا تروج لزوال المقتضي للثمنية
وهو الاصطلاح وهذا لأنها في الأصل هي سلعة وإنما صارت أثمانا بالاصطلاح فإذا
تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها وإن كان يأخذها البعض دون البعض فهي مثل
الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن كان البائع يعلم بحالها وإن كان لا
يعلم بحالها وباعه على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها
في الأولى ولعدمها في الثانية قال والمتساوي كغالب الفضة في التبايع
والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى غشه وفضته أو غشه
وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا
يجوز البيع بها ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة فيها
موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالحنطة في سنبلها
إلا أن يشير إليها في المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو أشار إلى الدراهم
الجياد ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لأنها ثمن فلم يتعين
وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى إذا باعها بجنسها جاز على وجه
الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى يكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة
لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة
نحاس فباعها بمثلهما أو بفضة فقط وفي فتاوى قاضي خان إن كان نصفها صفرا ونصفها
فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو خلاف
ما ذكرنا ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف
احتياطا قال ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئا وكسد بطل البيع أي اشترى
بالدراهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى جاز البيع
لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقها بالثمن ثم
كسدت بطل البيع وكذا إذا انقطعت عن أيدي الناس بطل البيع ووجب على المشتري
رد المبيع إن كان قائما والا فمثله إن كان من ذوات الأمثال وإلا فقيمته وهذا عند
أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل لأن العقد قد صح لبقاء
الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وإنما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب
الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن أيدي

الناس وإذا لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم
البيع عند أبي يوسف رحمه الله لأن الثمن صار مضمونا به كالمغصوب فإنه يعتبر قيمته
يوم الغصب لأنه مضمون به وعند محمد رحمه الله يعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر
ما تعامل الناس بها لأنه يوم الانتقال إلى القيمة لأن المسمى كان واجب التسليم إلى
أن ينقطع فإذا انقطع انتقل إلى القيمة للتعذر فيعتبر قيمته يومئذ ولأبي حنيفة رضي الله عنه
أن الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا
ثمن فيبطل ولا يقال إن العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة
التسليم لأنا نقول تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع
الرطب فإنه يعود غالبا في العام القابل فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل وفي
النحاس وأمثاله الأصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فإذا كسد رجع إلى أصله على
وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لأن الشيء إذا رجع إلى أصله قلما يزول وحد الكساد
أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه
يتعيب إذا لم تروج في بلدهم فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع
أن لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت قال
ويصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم تتعين لأنها أموال معلومة وصارت ثمنا بالاصطلاح
فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالدراهم والدنانير وإن عينها لا تتعين لأنها صارت
ثمنا باصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها لأن الثمنية لا تبطل بتعيينها لأن التعيين
يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم ويجوز أن يكون لتعلق الحكم
بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بإبطاله بأن يقولا أردنا به تعلق الحكم
بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين بأعيانها حيث يتعين
من غير تصريح لأنه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحريا للجواز
وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة إلى إبطال اصطلاح الكافة وهذا يأتي على قولهما
وعلى قول محمد رحمه الله لا يتعين وإن صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل
باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما
قال وبالكاسدة لا حتى يعينها أي إذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى
يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها قال ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها
وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجب عليه رد قيمتها لأنه تعذر ردها كما قبضها
لأن المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فيجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع
عن أيدي الناس لكن عند أبي يوسف رحمه الله يعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم

الكساد وقول محمد رحمه الله انظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في
حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر لان
قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج ولابي حنيفة رضي الله عنه ان
القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه
لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا
ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل
والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس
بالجنس نسيئة وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج
كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على
على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته قيمته صح
بالاجماع لكن عند ابي حنيفة رضي الله عنه يوم الخصومة وعند ابي يوسف رحمه الله يوم
البيع وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع ووجه البنا عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة في صح
لان قيمتها كاسدة وعينها سوا يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول عن العين
بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد
العين بالانقطاع **قال** ولو اشترى شيا بنصف درهم فلوس صح وعليه فلوس
تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط
فلوس وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه سمى اما بقيمة نصف درهم فضة او بفلوس درهم صح
وزنه نصف وكلاهما لا يجوز اما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس
المبيع لا يجوز فبقيمة غيره اولى وصار نظير ما لو باع جاريته بقيمة عبد واما الثاني
فلان الفلوس تقدر بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في
القليل ويكون اشترى بفضة على ان يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا البياع بهذا الطريق
متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا يتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى
النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول يفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس
لا يجوز عند محمد رحمه الله لان الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال ابو يوسف
رحمه الله يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس
فصار كما لو بين عدد الفلوس قلنا ان يمنع **قال** ومن اعطى صيرفيا درهما فقال
اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة صح لانه قابل الدرهم بنصف درهم
فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة
ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا

الاحبة

الا حبة بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما صح البيع في الفلوس
وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد
وعنده يفسد واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل
الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس
وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم ان افترقا
في هذه المسألة قبل ان يقبض الفلوس والنصف الا حبة بطل في النصف الا حبة لان
العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد
فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم ياخذ هو الفلوس حتى
افترقا بطل في الكل لانهما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع
نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه البا او لا قوبل بجنسه او بغير جنسه ونوع مبيع بكل
حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون
غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه البا وقوبل
بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كان رائجا فهو ثمن
وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة عند العقد
كذا ذكره الفرا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال
والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين
تستحق بالعقد عينا تارة ودينا اخرى فكان ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم
الثمن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه
ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان يشترط وجوده قبل العقد
في غير السلم ولا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز التفاضل
عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين
ات وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات
يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا
لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة او
الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالثياب مع
النقدين او غيرهما من المقدرات يجب تعيين احد البدلين دون الاخر كيلا يكون كاليا بكالي

كتاب الكفالة ١٢

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال صلى الله عليه وسلم

ابا او كافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه **قال** هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
هذا في الشرع وقيل ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال
وهذا لان المطالبة بايفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والا حكام
يشهد لهذا الا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل
وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل
صح والشرا بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان
يتكرر الاستيفا لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين
كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما
ايهما شاء والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفى الا احدهما واما وجوب
المطالبة بدين على غيره فممكن الا ترى ان الوكيل بالشرا يطالب بالدين وهو على
الموكل حتى لو ابراه البايع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس
عليهما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده الماذون او بيعه عند طلب الغرما
بيعه ولا دين عليه فاذا امكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى
ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار
اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له او اشترى به منه شيئا فانه يقدر الدين
على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى
هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب الا دين واحد على احدهما
غير عين ولهذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك منه
وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة او بتيسير
وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله
اخيرا وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا خلاف بدل الكتابة على ما يجي في موضعه
وان يكون المكفول به يمكن الاستيفا من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع
حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد الماذون له في التجارة والمكاتب والصغير وكذا
لا يصح من المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع باكثر منه حتى لا يصح وانواعها في
الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون
يجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة
تصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك
وكفالة باعيان هي امانة غير واجب التسليم كالودايع والمضاربات والشركة
ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هي امانة

واجب التسليم

واجب التسليم كالعارية والمستاجرة او بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح
وبتسليمها تصح والفاظها مذكورة في المتن **قال** وتصح بالنفس وان تعددت اي
وان تعددت الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعددت النفوس
المكفول بها ايضا كما تجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة
بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير امره لانه
لا ينقاد له ولا يلزمه طاعته وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال لا يثبت
له ولاية في ماله ليودي عنه من ماله فالنفس اولى فصار كما لو باع طيرا في الهوا بخلاف
الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال الامر فله ولاية على مال نفسه يودي
من ماله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس او
بالمال فيقتضي شرعيتها ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناولها الحديث لانا
نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك
ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة احيا حقوق العباد ويمكن العمل بموجبها بان
يعلمه مكانه فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه اذا دعاه او يكرهه بالحضور
الى مجلس الحاكم والتزامه لذلك ورضى خصمه به دليل على قدرته فيصح وان لم يقدر عليه
استعان باعوان القاضي فكانت مفيدة ولانه التزم ما هو مستحق على الاصيل اذ
تسليم النفس على المدعى عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فيصح
كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا دعي ان الله ذم الممتنع عن
الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الاية والذم يستحق
بترك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم انهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت
ام كلثوم بنفس علي رضي الله عنهما حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنه خصومة وكفل
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل اخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام م
ان يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة الا ترى انه اذا التزم الف حجة
بالنذر يصح ويلزمه وان لم يتات منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره
ممكن فيصح واذا صحت تصح متعددة ايضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل
التعدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثق فلا ينافي
قال بتكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء شايع اي تصح الكفالة بقوله كفلت
نفس فلان او بما يعبر به من اعضايه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه
وجسده وبدنه بان قال تكفلت براسه او بوجهه الى اخره او بجزء شايع منه
بان قال تكفلت ثلثه او ربعه كل ذلك جايز لان هذه الاشيا يعبر بها عن جميع البدن

عرفنا وقد بيناه في الطلاق **قال** وضمنته اي يصح بقوله ضمنته لك لانه تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك **قال** وبعلي يعني يصح بقوله علي لانه كلمة على للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا **قال** والي لانها بمعنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا او عيالا فالي **قال** وانا زعيم لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف عليه السلام وانا به زعيم اي كفيل **قال** وقبيل به لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل **قال** لا بانا ضامن لمعرفته اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال ابو يوسف رحمه الله يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة وجه الاول انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته عليه او قال اوقفك عليه **قال** وان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به ان طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل **قال** فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفا ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال انه ما عرف لما يدعا فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغي ان يفصل كما فصل في الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل حبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر باول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله فيجعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار او بالبينة **قال** وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه اي ان غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة **قال** فان مضت ولم يحضره حبسه اي اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه **قال** وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب يعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول ح

قول الكفيل

قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتى ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لانا نقول هذا السر هو كمونه حقيقة وانما هو موت حكمي في حق قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فبقي الكفيل على كفالته هذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا لا يؤاخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه **قال** فان سلمه بحيث يقدر المكفول له ان يخاصمه كمصر برئ لانه اتى بما التزمه اذا لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت او كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حق المدين فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فانت اعلم بشانه فخذه ان شئت ثم لا يخلو اما ان سلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب فلا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بجهة الكفالة **قال** ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمة لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه فاذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر رحمه الله وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق وان سلمه في برية او في سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا وان سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه

بالثابت ح

ذكره ح

حقه ح

على الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال ان يكون شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرأ الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك فانه يحتمل ان يكون شهوده في ذلك المصر وكذا يحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومات فبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فابو حنيفة رضي الله عنه قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا اتقياء يعينون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصر ومصر اخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت احوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره اسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يتعذر في المحبوس قال ويبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول له لان المطلوب بموته برأ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه اصل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله صالح وحكمه بعد موته ممكن فيوفي من ماله ثم يرجع الورثة على المكفول له ان كانت الكفالة بامره والا فلا شيء لهم كما اذا ادى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب يخلفه وصيه او وارثه فلا يبطل حقه ادهم قائمون مقامه في استيفائه قال ويبرأ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء لان موجب التسليم البراءة فيثبت به وان لم ينص عليه اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة او استعانة او اجارة الا اذا كان يطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى النص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة او قيمتها وكالمديون اذا قضى الدين بخلاف ما اذا اسلمه غيره بغير امر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه اجنبي فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه ان يسلم نفسه

فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته ان يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على انه لا يبرأ اذا لم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول نفسه في فتاوى قاضي خان ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير امره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب بريء الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره القاضي خان في فتاويه قال فان قال ان لم اوافك به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به او مات المكفول ضمن المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا ينتفي بوجودها الا ترى انه لو كفلهما جملة في وقت واحد صحت ولو ثنياها لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق فان التوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس اخرى او بمال اخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل واما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ونحوه وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار النذر وجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بالموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال وانما تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته او لعجزه بموته او بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة عليه وبموت المكفول به بريء الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعد ما بريء الا ترى ان الطالب اذا ابراه عن الكفالة بالنفس ولم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم

يوضع للفسخ وانما برئ لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يتبع
دربته الى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فيبرا عن التسليم
ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل
فقد ذكر قاضي خان في فتاويه ان وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب
برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات
الطالب يدفع الكفيل المكفول به الى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه
لزمه المال وهذا ظاهر **قال** ومن ادعى على اخر مائة دينار فقال رجل ان لم
اواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله اخرا ولا فرق بين ان بين المائة او لم يبينها بان تعلق رجل
على رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل دعه فانا
كفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل
وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه وله فيها وجهان احدهما
ما قاله ابو منصور الماتريدي رحمه الله وهو ان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث
لم ينقل الى الذي عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به فهذا
يوجب ان لا يصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي اوجب البطلان
والثاني ما قاله الكرخي رحمه الله وهو ان المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب
احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة ايضا بالنفس لعدم صحة الدعوى ولم
تصح الكفالة بالمال ايضا لانه مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع
وهذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان هذه
كفالة امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه واما
اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعاوى في غير مجلس القاضي فيجملونه
اجمالا ولا يبينونه الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا للكلام مهما الى وقت
الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان فصحته فاذا بين انصرف
بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة
بالمال ايضا لانه مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لما عليه يصح والا فلا فيحمل عليه
تصحيحا للتصرف ولو كفل رجل بنفس رجل على انه ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما
للطالب على فلان اخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز
وهو قول ابي يوسف رحمه الله ذكره القاضي خان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس

اخرج

وجعل ابا حنيفة

وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف رحمهما الله **قال** ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد
وقود وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وما لا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما
من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس
شرعت للتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في
دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة
لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص
حيث لا يجوز به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قوله صلى الله
عليه وسلم لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء فلا يجب
على اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهة
ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل
فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والحق الشافعي حد السرقة بهما في جواز
التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه جعل ذلك منه لان
الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعي يحتاج ان يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما
يخفي المطلوب نفسه فليستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود ولان الدعوى ليس بشرط
فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع دعوى احد فيها فلا يجوز
الكفالة فيها اصلا وان طابت بها نفسه وسمحت فاذا لم يكفل عنده يلازمه الى ان يقوم
القاضي من مجلسه فان اقام البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا ان
يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يامره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا اراد
دخول داره استاذنه فان اذن له دخل معه وان لم ياذن له منعه من الدخول واجلسه
في باب الدار كيلا يتغيب بالخروج من موضع اخر **قال** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان
او عدل اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل
يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم
به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة
العدل التهمة وان لم يثبت به اصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لان النبي
صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت
به لانه يشابه العقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في
الحدود والقصاص ايضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة **قال**
وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا كفلت عنه بالف وبما لك عليه وبما يدركك
في هذا البيع وما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي اي يصح

جازم

هدان

الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولاً بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة فيه عليه
اجماع الامة وهي مبنية على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون
متعارفا وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر يستحق من المبيع
وكفى به حجة وشرطه ان يكون دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل
الكتابة لا يجوز الكفالة به ويجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه
القصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين
صحيح الا يرى ان المكاتب يملك اسقاطه **قال** وطلب الكفيل او المديون
الا اذا شرط البراءة فحينئذ يكون حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة
اي الطالب مخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له ان يطالبهما معا
لان موجب الكفالة الذي ينبئ عن الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط
براءة الاصيل فحينئذ يكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرأ المحيل
فله ان يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ **قال** ولو طالب احدهما
له ان يطالب الاخر لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار مطالبة احد الغاصبين
لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الاخر
بعد ذلك واما المطالبة بالكفالة لا يقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء
قال ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع
او لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذره كان غاب عن المصر
اي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملائمة لا بمطلق الشرط والملائمة تثبت بكون الشرط
سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله
ان قدم فلان فعلي ما عليه من الدين او بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب
زيد فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه
قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه التمسك بالآية انه علق الكفالة بالشرط
وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل وهو المجيء بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم
ينسخ ولا يقال الكفيل بالحمل يكون ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه
هو الذي يجب عليه الاجرة لانا نقول امكن حمل الاية على الكفالة بان يكون رسولا من جهة
الملك والرسول سفير فلا يجب عليه الاحكام فكانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير
ثم يقول من جهته وانا بذلك الحمل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الاية تدل على ان الكفالة
للمجهول جائزة وانتم لا تقولون به فلم يبق لكم حجة لانا نقول جاز ان ينسخ من هذا الوجه
ويبقى معمولا بها من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا

بيان تعليق الكفالة بالشرط الملائم

بما جاز من الاصل فيه ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك
فلان فعلي وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال لمن غصبك من الناس او بايعك
او قتلك فانا كفيل لك عنه او قال لمن غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا
اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بمالك على احد هذين
فحينئذ يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق **قال** ولا يصح بنحو ان هبت
الريح فيصح الكفالة ويجب المال حالا يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول
المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكره في الهداية والكافي وهذا
سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علق
بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضي خان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة اي
الى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال حالا وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها
بشرط ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز
تأجيلها الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل الى العطاء وقدوم الحاج
ولا يجوز الى هبوب الريح او نزول المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس
حالا **قال** فان كفل بما عليه فبرهن على الف لزمه والا لا يعني اذا تكفل رجل بما له
على فلان فاقام الطالب البينة على ان له عليه الف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا وان لم يقم بينة فلا يجب عليه شيء لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب
وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدعي فلا يقبل قوله الا ببينة **قال** صدق
الكفيل فيما اقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشيء والمسئلة
بحالها وادعى الطالب اكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر المكفول
عنه باكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ
الا اذا كان مجنونا لانه وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فاقر فلان على نفسه
بالف مثلا فانكر الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحسانا والقياس
ان لا يلزمه شيء لما بينا وجه الاستحسان انه تكفل بما تقرر له عليه في المستقبل وقد تقرر عليه
باقراره وهذا لانه تكفل بما يجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيها باي طريق كان
وفي مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا اختلف الطالب او المطلوب ما عليه كان شيئا
فلا يصدق ما لم يقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه كالمريض اذا اقر
بدين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شيء من غرماء الصحة
كان للمقر له **قال** فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره ومعناه
اذا ادى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وعبد محجور عليه اما اذا ادى

خلافه بأن كان الدين جيدا فأدى رديا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى لأنه
ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث بأن مات الطالب
والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وإن كانت لا تجوز لغير من عليه الدين
لأنه نقل الدين إليه مقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة أو يجعل كذلك للضرورة
أو نقول بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه أن يسامح الأصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين
حيث يرجع بما أدى إن أدى أردى من الدين وإن أدى أجود منه لا يرجع إلا بالدين لأنه
لم يلتزم ولم يجب عليه شيء في ذمته وإنما ثبت له حق الرجوع بالأداء بأمره ولهذا لو وهب
له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بأداء جنس آخر
وبخلاف ما إذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع إلا بقدر ما أدى لأن
الصلح على الأقل إبراء فيكون إبراء عنه لا تمليكا إلا إذا صالحه على أن يهبه الباقي فيفعل
فحينئذ يرجع بجميعه لأنه ملك الدين كله بعضه بالأداء وبعضه بالهبة وأما إذا كفل
بأمر الصبي أو العبد المحجور عليهما فلأن الأمر بالكفالة استقراض منه من المأمور واستقراضهما
لا يصح ولا يوجب الضمان وإنما لزم الكفيل المال بالتزامه لأن صحة الكفالة تعتمد التزامه
باختياره لا أمر الآمر بخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لأن أمرهما بالكفالة بالمال
والنفس صحيح وإن لم يملكا أن يتكفلا عن أحد لأنه متبرع فيرجع عليهما الكفيل قال
وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع بأدائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله
قال ولا يطالب الأصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه التزام المطالبة وإنما
تملك الدين بالأداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء
لأن الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع إلى حقوقه لما أنه انعقد
بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ~~وكان له~~ ولاية
حبس المبيع عن الموكل إلى أن يوفي الثمن كما كان ذلك للبائع إذ هو استفاد الملك من
جهته فكذا له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدي كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه
إذا باع المبيع قبل أن يوفي الثمن إلى البائع قال فإن لوزم لازمه أي إن لوزم
الكفيل من جهة الطالب لازم هو الأصيل حتى يخلصه وكذا إذا حبس له أن يحبسه لأنه
هو الذي أدخله في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك
إذ تخليصه واجب عليه قال وبرئ بأداء الأصيل أي برئ الكفيل بأداء الأصيل
لأن الأصيل برئ بالأداء وبراءته توجب براءة الكفيل لأنه ليس عليه دين في الصحيح وإنما
عليه المطالبة فقط ويستحيل أن يبقى المطالبة بدون الدين قال ولو أبرأ الأصيل
أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه أي لو أبرأ الطالب الأصيل وأجل دينه برئ الكفيل

وتأجل الدين في حقه أيضا لما ذكرنا أنه ليس عليه إلا المطالبة وهي تبع للدين فتسقط
بسقوطه وتتأخر بتأخره بخلاف ما إذا كفل بشرط براءة الأصيل ابتداء حيث يبرأ
الأصيل وحده دون الكفيل لأن الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا واللفظ
إذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب
براءته على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها في رواية والأحكام تشهد به ألا يرى أنه
إذا توى يرجع عليه وإذا مات المحيل كان المحتال أسوة الغرماء في المال المحتال به
كأنه مات وعليه دين له ولغيره تحقيقه أن الدين لم يسقط فيها بالاتفاق وإنما
حول من ذمة إلى ذمة إما الدين أو المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب
سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا أصلا قال ولا ينعكس أي براءة الأصيل
براءة الكفيل لا توجب
ولا تأخره عنه يوجب التأخير عن الأصيل لأن الكفيل ليس عليه دين على ما بينا وإسقاط
المطالبة أو تأخيرها لا يوجب سقوط الدين ولا تأخيره ألا يرى أن للدين وجودا بدونه
ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما إذا تكفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر مثلا حيث يتأجل عن
الأصيل لأنه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الأجل إلى الدين
إيضاح
قال ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا أي صالح الأصيل أو الكفيل
الطالب على خمسمائة عن الألف التي عليه برئ الكفيل والأصيل أما إذا صالح الأصيل
فظاهر لأنه بالصلح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا وأما إذا صالح
الكفيل فلأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصيل لأن الكفيل ليس
عليه دين وإنما عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الأصيل عن الدين ضرورة إضافة الصلح
إلى الألف فبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا فإذا أبرأ عن خمسمائة بصلح أحدهما
إياها كان يقال أدى الكفيل الخمسمائة الباقية يرجع على الأصيل إن كان بأمره وإلا فلا
يرجع لما عرف ثم في هذه المسألة أربعة أوجه إما إن ذكر في الصلح براءتهما فيبرآن جميعا
أو براءة الأصيل فكذلك الحكم أو لم يشترط شيئا فكذلك أيضا أو شرط أن يبرأ الكفيل
لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والألف على حاله على الأصيل قال وإن قال
الطالب للكفيل برئت إلي من المال رجع على المطلوب أي الكفيل رجع على المكفول
عنه لأن هذا إقرار منه بالقبض من الكفيل لأن البراءة التي ابتداؤها من الكفيل
وانتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فصار كأنه قال دفعت إلي أو نقدتني أو
قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لإقراره بالاستيفاء من الكفيل
قال وفي برئت أو أبرأتك لا أي في قوله للكفيل برئت أو أبرأتك لا يرجع الكفيل
على الأصيل لأنه لم يقر بالاستيفاء منه لأن قوله برئت من غير أن يقول إلي يحتمل

انه برئ بابرائه ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض
لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لانه سبب البراءة اليه ولا يتصور ان المطلوب
ان يبرا الا بالاداء بان يضع المال بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرا بذلك وان
لم يوجد من الطالب صنع وهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقرارا منه
بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما
ان الصك لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء لا يكتب
وقوله ابرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض الا يرى انه كيف نسب الفعل
الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا ادى
او وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء اذا ابراه البائع عن الثمن حيث يرجع
به على الموكل لملكه ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب غائبا وان كان حاضرا
يرجع اليه في بيانه في الكل انه اوفاه او ابراه لزوال الاحتمال ويثبت حكمه
قال ولا يصح تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لان في الابراء معنى التمليك كالابراء
عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول
بثبوت المطالبة لا غير لانها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك
لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيه على الكفيل المطالبة دون الدين في
الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد
لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس
باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء عن الدين لان فيه معنى
التمليك قال والكفالة بحد وقود وبيع ومرهون وامانة يعني الكفالة بهذه
الاشياء باطلة اما الكفالة باستيفاء الحد او القصاص فلان الكفالة انما تصح بمضمون تجري
النيابة في ايفائه ولا تجري النيابة في العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسدين
عن الفساد فلا يمكن اقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة واما الكفالة بالمبيع والمرهون
والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل
بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على
الاصيل فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع
قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب عليه
شيء بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك
فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست

مضمونه

مضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات
فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا يصح الكفالة بها قال وصح لو ثمنا ومغصوبا
ومقبوضا على سوم الشراء او مبيعا فاسدا يعني ان كان من المبيع يجوز الى اخره لان
الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع
في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة
تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع
والرهن وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الكل ان يتكفل بتسليم العين
سواء كانت مضمونة او امانة لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه
فصار نظير التكفيل بالنفس لانه ما دام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ
كالكفالة بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت
الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة والاجارة لا يجوز الكفالة بتسليمه
لان التسليم غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال وحمل دابة معينة
مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة يعني لا يجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استأجر
دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استأجر عبدا للخدمة لان من شرطها ان
يكون قادرا على التسليم وههنا لا يقدر لانه استحق عليه دابة بعينها والكفيل لو اعطى
دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان المؤجر لو حمله
على دابة اخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف
ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على المؤجر والكفيل يقدر على ذلك بان
يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في
المبيع قال وبلا قبول الطالب في مجلس العقد يعني لا تصح الكفالة بلا قبول
المكفول له في مجلس العقد وقال ابو يوسف رحمه الله تصح والخلاف في الكفالة
بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه
بعد القيام من المجلس فاجاز جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين يشترط الاجازة
في احدهما دون الاخرى وجه قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير ان
يجب بمقابلته على غيره شيء فيصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله
عليها ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه تصرف
للغير فيتوقف على رضاه كسائر العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين
وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عنده الا ان يعبارة واحد فكذا
عند عدم الاذن وانما تأثير الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد الا ترى ان البيع لما

الحمل على

الحمل

كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان ذلك في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشطره
لا يتوقف على ما وراء المجلس كساير العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام والسا
سبب التبرع لا يتم بالمتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارته قايما مقام حال تعلقه المتبرع
عبارتين حتى يكون كقبول الاخر لعدم ولايته عليه فيتعين الالغا ولانه قد يكون ضررا
عليه بان يراجعه الاصيل الى من يري براته من القضاة بالكفالة لان العلما مختلفون
فيها فيعود ضرره عليه فلا يصح بدون قبوله بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد وانما هو
اخبار عن شي واقع فيقبل فيه قوله في حق نفسه اذ لم يتضمن اضرارا باحد **قال**
الا ان يكفل وارث المريض عنه يعني لا يجوز الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس
عندهما الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لورثته او لبعضهم تكفلوا عني بما علي
من الدين لغرماي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرما فانه جايز استحسانا وان كان القياس
يا باه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حال الصحة وجه
الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض
الدين وغرماه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح اذا لم يخلف مالا
ولان المريض في هذا الخطاب قايم مقام الطالب لحاجته اليه بتفريغ ذمته بقضاء
الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرما والورثة بما له صار كالاجنبي عن
ماله حتى لا ينفذ تصرفاته وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام
المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب او نايبه كان الطالب قال اضمن عن فلان
او كانه حضره وقيل وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا
عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح
وفيما اذا قال المريض لاجنبي تضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب
بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سوا وقيل يصح لان المريض قصد به
النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على ان
يجعل قايما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من
الصحيح فيوخذ فيه بالقياس **قال** وعن ميت مفلس يعني لا يجوز الكفالة عن ميت
لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يجوز لما روي انه صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة رجل من الانصار فسال هل عليه دين
قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة عليه فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة
رضي الله عنه فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي رضي الله عنه فصلى عليه
صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط الا بالايفا او

الابرا و

الابرا او انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شي من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حكم حق
الاخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع
وكذا يبقى اذا كان به كفيل او ترك مالا وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل
حقيقة يقال وجب عليه الدين اي اداوه كما يقال وجبت عليه الصلاة ويراد به
الادا والادا لا يتصور من الميت فيسقط سوا كان له مال او لم يكن له مال في حق
احكام الدنيا وصحة الكفالة تعتمد قيام الدين احكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة في حق
وهو ضم الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل
فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى المعدوم الا انه في الحكم
مال لانه يوول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الادا بنفسه وبخلفه من المال
والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفا فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه
بر به في حق الاخرة ولان الدين باق في حق الطالب لانه امر بينهما واما الكفالة
فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل وما رواه كان اقرارا منه بانه
كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون وعدا منه لا كفالة فحاصله انه حكاية
حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين لبري الكفيل لان براته توجب
برأة الكفيل فلما لم يبرا علم ان عليه دينا فيجوز ابتدا الكفالة ايضا لانا نقول الكفيل
خلف عنه فلا يبرا او نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لانه سقوطه ضروري فلا
يتعدى المطلوب **قال** وبالثمن للموكل ولرب المال به اي لا يجوز الكفالة بالثمن
للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل رجلا ببيع شي فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل
عن المشتري او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن المشتري لم يجز لان حق
القبض الى الوكيل والمضارب بحكم الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل
او بموت رب المال وبعزله ولو وكل الموكل او رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح
عزله لان الثمن وجب للوكيل وللمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد
وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فيرجع الحقوق اليه
والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اختص المطالبة به ولو حلف
المشتري ما للموكل عليه شي كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شي حنث فاذا ثبت
ان الوكيل اصيل في القبض فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول
والوكيل بقبض العين من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر
لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الامر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما
امينان في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما يغير حكم الشرع فلا يجوز فصار نظير

من سلم في اخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى كان له ان يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة **قال** وللشريك اذا بيع عبد صفقة واحدة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري او الكفيل من الثمن الا ولشريكه فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته يكون كل شيء يؤديه الى شريكه مشتركا بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف الباقي الى ان لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجويزه ابتداء الى ابطاله انتهاء بخلاف ما اذا باعاه صفقتين بان سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان احدهما فيه للاخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الاخر فلا شركة الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الاخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد حصة احدهما للبائع ان يقبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من المشتري او بعضه لا يشاركه الاخر وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع به **قال** وبالعهدة اي لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشتري عبدا من رجل مثلا فضمن للمشتري رجل بالعهدة وانما لا يجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانها ماخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي ان يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال **قال** والخلاص اي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه

ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وابو حنيفة رضي الله عنه يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق البيع او رد الثمن ان لم يجز **قال** وبمال الكتابة اي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين يثبت مع المنافي وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان يوفي فلا ينفذ ايجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الاصيل اذا ملك المولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا اعتق بعد اعطاء بدل الكتابة لان عليه اداء ما له هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه جبرا

فصل

ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه اي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي الكفيل للمكفول له ليس للمكفول عنه ان يسترد منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة او ثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قائما لا يسترد ولانه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضاء واخذ الكفيل على وجه الاقتضاء بان قال له وقت الدفع اني لا امن ان ياخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم ينقض بينه كالمسألة الاولى ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو ابرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين او وهبه له قبل ان يدفع الى الطالب جاز حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه ثبت بهذا ان للكفيل دينا على الاصيل الا انه ليس له ان يرجع عليه حتى يؤدي عنه قضاء نظير الدين المؤجل فانه مالا استعجال

يملك فكذا هذا بل بالاسترداد يكون نقضا لما تقرر من جهته فلا يمكن منه **قال**
وما ربح الكفيل فهو له اي اذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطيه
للطالب طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به
سواء قضى الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا انه تأخر
مطالبته بحتى يؤدي فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا ان فيه
نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند ابي حنيفة رضي الله عنه لما نذكر فلا يعمل فيما لا
يتعين على ما بينا في البيوع وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه
على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لعدم الملك وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يطيب لعدم التعيين
واصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة **قال** وندب رده على المطلوب
لو شيئا يتعين يعني يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيئا يتعين كالحنطة
والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعنه انه
يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على مثال ما
لو قضى دينه المؤجل وربح فيه وله ان الخبث يمكن مع الملك فيما يتعين لان قضاه فامر
الا ترى ان المكفول عنه يتمكن من قضى دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو
عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصرف في رواية على الفقراء وفي رواية يرده على الاصيل
لان الكراهة لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان
والاشبه انه يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه
الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فيكون
الحرمة فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين عند ابي يوسف
وقد بيناه من قبل **قال** ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرى للكفيل
والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر من
الناس حريرا او غيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته انت فعلي وصورته
ان يأتي هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه
التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل
الى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر الى الاجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه
المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب
فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه
ولا يلزم الامر شيء من ذلك لانه اما ضامن لما يخسره كما قال بعضهم نظرا الى قوله علي

لانها للوجوب

لانها للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل بالشرى
كما قال البعض نظرا الى الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمي هذا النوع
من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اي نسيئة من عين الميزان وهو ميله
لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هي شرى ما باع باقل مما باع وقيل لانها
من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض
مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال صلى الله
عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم
قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن
المدعي على الكفيل ان له على المطلوب الفا لم يقبل لانه كفل بما لا يجب في المستقبل
بالقضاء او باي سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب
شيئا ولم يوجد شرطه ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لا يجب على الكفيل
لان اقراره لا يوجب على الاصيل شيئا فشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الاصيل
وكذا القضاء وهو غائب ولانه يحتمل ان يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان
يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل
تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة واقام البينة قبلت بينته لانه
ادعى عليه مالا دخل في الكفالة ولزمه المال **قال** ولو برهن ان له على زيد
كذا وان هذا كفيل عنه بامره قضي به عليهما ولو بلا امر قضي على الكفيل فقط اي لو احضر
شخصا عند القاضي فاقام البينة ان له على زيد الغائب الف درهم وان هذا الشخص
كفيل عنه بامره قبلت البينة وقضي على الكفيل فقط ولا يقضى على الغائب لان المدعى
هنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالامر وعدمه
لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء
وانتهاء فالقضاء باحدهما لا يكون قضاء بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار
بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين
في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال
زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فليس له ان يظلم غيره ونحن
نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البائع بالثمن اذا استحق
المبيع وان كان في زعمه ان البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على الغائب اذا كانت
الكفالة بامره والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر
الا باثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما اذا ادعى عبد ان الحاضر اشتراه

بان قال احكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة ح

الاصيل والكفيل فقط ولو امام الشيخ الا انه اعرض عنه ابرع وقضى على ع

من مولاه الغائب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا
اثبت العبد الشراء والعتق ينفذ على الغائب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه **قال**
وكفالته بالدرك تسليم معناه اذا باع رجل دارا مثلا فتكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك
وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم للمبيع واقرار منه انه لا حق له فيها
حتى لو ادعى ان الدار ملكه او ادعى فيها الشفعة او الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة ان
كانت مشروطة في البيع يتوقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة في المجلس فاذا قبل وابرم
بقبوله ثم ادعى الملك او غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم
من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه
الكفالة اتمام البيع واحكامه لانه لا يرغب فيها المشتري الا بالكفالة خوفا من الاستحقاق
فيكون اقرارا منه بان البائع مالكها وقت البيع فلا يصح دعواه بعد ذلك **قال**
وشهادته وختمه لا اي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده
تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه اقر للبائع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك
من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة
اجازه وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الابرام على
ما بيناه حتى لو شهد هنا ايضا عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته او لم يقض يكون تسليما
حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق
الروايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو يملكه او باع
بيعا باتا نافذا او كتب في الشهادة كذلك من غير ان يقول فيه على زعم المتعاقدين
او اقرا رضيا فيكون بدعواه بعده مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق
به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو اخبر بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه وقوله
وختمه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك
خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين ان يكون الصك مختوما او غير
مختوم **قال** ومن ضمن عن اخر خراجه او رهن به او ضمن نوائبه او قسمته صح
اما الخراج فلانه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب
حقا للمقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة
الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو
عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يوخذ منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز
ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يوخذ من تركته بعد موته الا
بوصيته فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف

وهو الذي

وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة
وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى
الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع يجوز الكفالة
فيه واما النوائب فقد اختلفوا في صورتها فقال بعضهم اريد بها ما يكون بحق كاجرة
الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وقال
بعضهم اريد بها ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا ياخذها الظلمة بغير حق فان
كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة بها بالاتفاق لانه واجب مضمون
وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا يجوز الكفالة به منهم
صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين وهنا
لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم فخر الاسلام
علي البزدوي رحمه الله لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في
باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه
النوائب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى
نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره واما
القسمة فقد قيل هي ما اصاب الواحد من النوائب لان القسمة هي النصيب قال الله
تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب وقيل هي النوائب بعينها غير
ان القسمة ما يكون راتبا والنوائب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة
اذا لم يكن في بيت المال شيء وقد بينا ما هو جائز بالاجماع وما هو مختلف فيه وقال
ابو بكر بن ابي سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا
مضمون وقيل هي ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فضمنه انسان
لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه
والرواية باو وهي لاحد المذكورين وفي الاباحة تعم وكذا في النفي **قال**
ومن قال لاخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن يعني اذا
اقر انه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل صدقه المقر له وهو الطالب في الدين
وكذبه في الاجل فالقول قول المقر لانه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد الشهر والمقر له
يدعي المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا اقر بالدين المؤجل
صدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر
اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة
نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بان كان الدين مؤجلا على الاصيل وفي الدين عارض حتى

لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول للمقر لانه صفة للدين وقال الشافعي رحمه الله القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما فقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال ابو يوسف رحمه الله القول للمقر له في الفصلين رواه عنه ابرهيم بن يوسف رحمه الله لان المقر قد اقر له ثم ادعى باخره فلا يصدق الا بحجة لانه ادعى ان له على صاحبه حقا وهو التاخير الا يرى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا وعن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار يعني يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي رحمه الله ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفا له لفظا الا يرى ان الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقا له لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر والمؤاخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال ام مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا اذا انكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا باس به اذا لم يرد به اتواء حقه

قال ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان الكفالة هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري ولمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج من ملكه لان بدل المستحق مملوك الا يرى انه لو كان ثمنها عبدا فاعتقه البائع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل به وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله مثله فعلى هذا يرجع به بمجرد القضاء بها له وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان اخذ العين بعد الحكم

ينفسخ البيع لان اخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول والله اعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بان اشتريا منه عبدا وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف كفيل فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشراء اقوى من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان اكد فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة ونقد بعضها وبعض الاخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض ثمن الصرف لان الصرف اقوى واكد حتى اوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ايضا ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدي نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه بطريق الاصالة ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له ان يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر وادى الكفيل فجعله عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسئلة الكتاب

قال وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما ادى رجع بنصفه على شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل دين الف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جائزة كما تجوز عن الاصيل فما ادى احدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاءا وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لو ادى

الى الدور لان قضيته الاستوا وقد حصل برجوع احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستوا بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستوا في السبب يوجب الاستوا في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى لان الترجيح فيها حاصل من الابتدا فلا نقض بالرجوع فيؤدي الى الدور وهو يرجحان على الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامره احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شا المؤدي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع بامره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل كل واحد منهما بالنصف ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه مما ادى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال وان ابرا الطالب احدهما اخذ الاخر بكله لان ابرا الكفيل لا يوجب براة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله فيا خذه به قال ولو افترق المفاوضان اخذ الغريم ايا شا بكل الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بينا في الشركة قال ولا يرجع حتى يودي اكثر من النصف لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين قال وان كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وادى احدهما رجع بنصفه وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الاخر معلق بادائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى ينقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه اصله وكفالة المكاتب بما عليه اصله جائز فكان كل واحد منهما اصلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فيتقدر بقدرها حتى يكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا ادى احدهما شيا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوايهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لا ان يعتق كل واحد

منهما متعلق باداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلثة اوجه احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثاني ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر رحمه الله جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشي بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند اداء جميع المال نصا فلو عتق احدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر رحمه الله ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط قال ولو حرر احدهما اخذ ايا شا بحصته من لم يعتقه معناه لو اعتق احد العبدين بعينهما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة وبري عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فتسقط حصته وتبقى على صاحبه حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقطت حصة المعتق لما ذكرنا ويأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شا فان شا اخذ المعتق بالكفالة وان شا اخذ صاحبه بالاصالة قال فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لا لان المعتق اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا يجوز قلنا هذا في حال البقا لانه لم يكن في الابتدا كفيلا فقط وانما كان ببدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الادا عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه به فلا يمكن تقرير الاصالة فيه فبقي كفيلا قال ومن ضمن عن عبد مالا يوخذ به بعد عتقه وهو حال وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر في حق المولى حالا اذا لزمه بالاقرار والاستقراض

أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة فإن هذه الديون لا تظهر في حق المولى
فلا يؤاخذ بها في الحال وإنما يؤاخذ بها بعد الحرية فلو أن إنسانا تكفل بهذه
الديون يلزمه ويطالب به في الحال لأن المال حال على العبد لوجود السبب
وقبول ذمته إلا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته إذ هذه الديون لا تتعلق
برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو تكفل عن غائب
أو مفلس بخلاف ما إذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لأنه التزم
المطالبة بدين والطالب ليس له أن يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم إذا أدى
عنه يرجع به بعد العتق إن كان بأمره لأن الكفيل بالأداء ملك الدين وقام مقام
الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به بعد عتقه احتراز عما
يؤاخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا أو دين لزمه بالتجارة بإذن المولى
فإنه يجوز الكفالة به بلا شبهة **قال** ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل
فمات العبد ثم أقام المدعي أنه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل
فمات العبد برئ الكفيل والفرق أن الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فإذا
مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل
ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفول به حرا أو عبدا وفي الثانية تكفل عن ذي
اليد بتسليم رقبة العبد لأن المدعي يدعي غصب العبد على ذي اليد والكفالة
بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فإن هلكت
يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل إن أثبت المدعي بالبينة أن العبد له لأنه يقوم مقام
الأصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها أن العبد ملكه بخلاف ما إذا ثبت الملك
له بإقرار ذي اليد أو نكوله لأن إقرار الأصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه
ما لم يقر به هو بنفسه **قال** ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو
كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر ومعنى الأولى أن لا يكون
على العبد دين لأن أمر المولى بالتكفيل يصح إذا لم يكن عليه دين ألا يرى أن له أن يجعله
بالدين ولو أقر عليه بالدين نفذ إقراره وله أن يرهنه وإن كان عليه دين مستغرق
ليس له شيء من ذلك لأنه يتضمن إبطال حق الغرماء وأما كفالة المولى عن عبده فصحيحة
كيف ما كانت وقال زفر رحمه الله يرجع كل واحد منهما على صاحبه إذا أدى عنه بعد
الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع
قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لأن أحدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا ينقلب موجبه
بعد ذلك كما إذا كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجازها فإنها لا تنقلب موجبة

للرجوع

للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من
سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته والله أعلم

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله **قال** رحمه الله هو نقل
الدين من ذمة إلى ذمة هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطلقا على ما بينا
قال وتصح في الدين لا في العين برضى المحتال والمحال عليه وهذا من شرائطها
ومن شرائطها القبول وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله كما في الكفالة وهي مشروعة
بإجماع الأمة وقال صلى الله عليه وسلم من أحيل على مليء فليتبع والأمر بالاتباع دليل
الجواز ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وإنما اختصت
بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لأن الدين وصف
شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر أثره في المطالبة فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت
شرعا وأما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي وإنما اشترط رضاهما
لأن المحتال هو صاحب الحق ويختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في
الإيفاء فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا
يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون
فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف
المحيل لأن الحوالة تصح بدون رضاه وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه أو ليسقط
دينه ونظيرها الكفالة فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه **قال** ويبرأ
المحيل بالقبول من الدين وهذا حكمها وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لأن المقصود بها
التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا يؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة
وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يبرأ في الكفالة أيضا اعتبارا بالحوالة ولنا أن الأحكام
الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق
إلا بفراغ ذمة الأصيل لأن الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها
الضم فيقتضي أن يكون موجبها ضم الذمة إلى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة
الأصيل والاستيثاق فيها بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الأملى من المحيل
والأحسن من المحيل في القضاء ولا يقال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول إذا قضاه
المحيل الدين كما لو قضاه الأجنبي لأنا نقول الأجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لأنه يحتمل عود المطالبة
إليه بالتوى فلم يكن أجنبيا إذ قصده دفع الضرر عن نفسه ثم اختلفوا في البراءة

فقال ابو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد رحمه الله يبرأ عن المطالبة فقط ولا
يبرأ عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا ابرأ المحتال المحيل من الدين
قال ابو يوسف رحمه الله لا يصح وقال محمد رحمه الله يصح والثاني ان الراهن اذا احال
المرتهن بالدين على انسان كان للراهن ان يسترد الرهن عند ابي يوسف رحمه الله كما
لو ابراه من الدين وعند محمد رحمه الله ليس له ذلك كما لو احال الدين كذا ذكره المرغيناني اي
وذكر في الزيادات ان البايع اذا احال غريما له على المشتري بالثمن بطل حقه في
حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل حقه
في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة بالدين وان احال المشتري البايع على رجل
لا يبطل حقه في حبس المبيع لان المطالبة باقية لان المحال عليه قايم مقام المحيل
وكذا اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لان المطالبة
باقية لان المحال عليه نايب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس
ما ذكرنا انه اذا احال مولاه على رجل يعتق كما ثبت الحوالة وان كان المحال عليه
نايبا عن المكاتب واذا احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة وان
لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق ان حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته
وقد برئت اذا احال المكاتب مولاه على رجل واما اذا احال المولى عليه رجلا
لا يبرأ واما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل اذا بطلت وكذا البيع
اعلم ان احالة المكاتب مولاه على رجل انما يجوز اذا كان له على رجل دين او عين وقيده
به لان المحتال يكون نايبا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما او
كان له ولم يقيد به لا يجوز لان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب
على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ابتداء بدل الكتابة ولزم
المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة
وان كان المولى هو الذي احال غريمه على المكاتب لا تصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة
لان مطلقها تبرع وليس المكاتب من اهله وليس للمولى ان يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف
ما اذا تكفل الغير عن مولاه على ما مر من قبل قال ولم يرجع المحتال على
المحيل الا بالتوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع عليه عند التوى لان ذمة المحيل
قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار
كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة
الاخر حتى بالتوى عنده لا يعود الحق على الاخر وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فان الغرماء
مخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق فان اختاروا احدهما وتوى ما عليه

لا يرجعون

لا يرجعون ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا
مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولان المقصود
من شرعه الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمم لا
تختلف في نفس الوجوب وانما تختلف في الايفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم
كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع الا ترى ان البيع لما كان في العرف ان يراد به
سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق او بالهلاك
قبل القبض او عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان
ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف رجع بالاصل
بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الاخر وانما يثبت للمالك
الخيار ابتداء ليملك المغصوب من ايهما شاء فياخذ منه عوضه من غير ان يحيله عليه
احد فلا يرجع على احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن الاخر الا ترى
ان حقه ليس بثابت على احدهما معينا حتى ينقله الى الاخر فافترقا قال
والتوى ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا اي التوى يكون باحد
هذين الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال
او يموت مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز
عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان
اختلفا فقال المحتال مات مفلسا وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم
لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وانكر اليسر ولو فلسه الحاكم
بعدما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ
منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود
او بموته مفلسا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء
لا يوجب الرجوع الا ترى انه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان
التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا
صالحا للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال
غاد ورايح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم
بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه لا يقبل
لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه
ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه
يعود الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم

بقي الدين عليه والرهن بدين ولا دين بحال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامره او بغير امره
لان الكفيل خلف عنه قال فان طلب المحتال عليه المحيل بما احال فقال
المحيل احلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع قد تحقق
باقرار المحيل وهو قضا دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على
المحال عليه لانه ينكره المحال والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه
عليه بالحواله اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحواله يدل على ان عليه دينا
لان الحواله قد تكون مطلقه وقد تكون مقيده بما على المحال عليه بل حقيقه الحواله
ان تكون مطلقه اذ المقيده توكيل بالادا والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب
الدين عليه فيضمن له قال وان قال المحيل للمحتال احلتك لتقبضه لي
فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو
منكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحواله واقدامه عليها اقرارا
منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحواله يستعمل بمعنى الوكاله قال محمد رحمه الله
اذا صار رب مال المضاربه ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح
لا يجبر ولكن يقال له احل رب المال اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين
على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمم
هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بل ادعى ان الدين الذي على المحال عليه ثمن مال له بازاو عامي
باعه المحيل له بطريق الوكاله منه وادعى ان الدين له وصل اليه عين حقه لا
يقبل قوله ايضا اذا انكر المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك
المال والانسان يتصرف ظاهرا لنفسه لا يسمع ان ذلك المال كان له بلا بينه فيكون
القول للمحيل قال ولو احال بما له عند زيد وديعه صحت فان هلكت
بري اي اذا كان له وديعه دراهم عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحواله لانه
اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت بري لان الحواله مقيده بها اذ لم
يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيده بالمغصوب حيث لا يبرا به لانه يخلفه
القيمه والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بان استحق
بالبينه صار مثل الوديعه وقد تكون مقيده بالدين فحاصله ان الحواله على نوعين
مقيده ومطلقه فالمقيده ان يقيدها بدين له عليه او بعين له في يده وديعه او غصبا
او نحوه والمطلقه ان يرسل الحواله ارسالا ولا يقيدها بشي مما عنده من وديعه او غصب
او دين او يحيله على رجل ليس له عليه شي مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من
المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا جائزه عند الانفراد وهي تبرع المحال عليه بالالتزام

ذمته

في ذمته والايفا وتوكيل المحتال بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال
عليه بتسليم ما عنده من العين او الدين الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم
المطلقه ان لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل
بعد ادائه اذا كانت الحواله برضاه وليس له ان يرجع قبل الادا ولكن له ان
يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفاله ولو كان الدين مؤجلا
على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه كما في الكفاله ثم لا يصير الدين حالا
بموت المحيل لانه يخرج من البين وصار اجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل
كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيده ان لا يملك المحيل مطالبه المحال
عليه بما احاله به من دين او عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
ولو ملك المطالبه لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا ابطال حق المرتهن بخلاف
المطلقه لانه لا تعلق لحقه بالعين او الدين بل تعلق بذمه المحال عليه فلا تبطل الحواله
بهلاكه وكذا باخذه بخلاف المقيده لانه فيها لم يلتزم الادا الا منها فلو اخذه
لبطل حقه ولو ابرا المحتال المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده من الدين
والعين كالمرتهن اذا ابرا الراهن يرجع برهنه ولو وهبه ليس له ان يرجع بدينه
لان المحال عليه يملكه بالهبه وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين
المحتال به بين غرمائه بالحصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحتال وهو القياس
لان حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه فصار
كالخارج عن ملكه فلا يقضي به ديونه ولان كان ملكه باقيا فتعلق حق المحتال
سابق فصار كالمرهون يختص به الراهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم ولدين الصحه
يقدم على دين المرض لما قلنا ولنا ان هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفا
فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه
الدين باطل لكن بالحواله وجب للمحتال في ذمه المحال عليه دين مع بقا دين المحيل
ولهذا لو توي ما على المحال عليه يتوي على المحيل ولم يثبت عليه ايضا يد الاستيفا
لان ثبوت اليد على ما في ذمه الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل ان ياخذه لان المحال
عليه لم يقبل الحواله الا ليسلم ما في ذمته او ليؤدي من ذلك المال فلو اخذ تفوت
الرضا فتبطل الحواله بخلاف الرهن لانه يثبت عليه يد الاستيفا ولهذا لو هلك
يهلك على المرتهن فكان هو احق به وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمه
لان دينه تحول الى ذمه المحال عليه فلا يزاحم غرما المحيل كما اذا كانت الحواله
مطلقه وانما ثبت له حق المزاحمه لان الحواله كانت مقيده بذلك المال فاذا اخذ

يملك م
الحواله باخذ ما عنده او عليه من العين والدين الا انه ترك انها لا تبطل م
له م

منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل
على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسئلة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف
ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال
من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء المحيل اذا اقتسموا الدين
بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحيل بحصته الغرماء لان الدين الذي على المحال
عليه صار مستحقا وليس له ان يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا بما بقي من
دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع به على احد **قال** وكره
السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق وصورته ان يقرض
ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن وهو تعريب سفته وسعه
شي محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما كره لما روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به والله اعلم

كتاب القضاء

١٦

القضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال الهذلي

وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع

اي احكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه افضل العبادات وبه امر
كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال
تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم والحاكم نائب الله في ارضه
في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد
والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة بمثل الاهة كل
لبيب ومحاسنه لا يخفى على احد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد **قال**
اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية على الغير الشاهد بشهادته
يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم يلزم الخصم بحكمه ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا
من باب واحد فيستفاد احدهما من الاخر **قال** والفاسق اهل للقضاء
كما هو اهل للشهادة الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ
الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل واذا اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا
لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه وعلماء الثلثة وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء
يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يرض بقضائه
دونه كالعبد الماذون له في التجارة اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز

يكن ؟

القضاء

وعن علمائنا الثلثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وان العدالة
شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل صح وقال الشافعي لا يجوز الا ان
يكون عالما عدلا مامونا لقوله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلثة قاضيان في النار
وقاض في الجنة فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم
بالجور والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضاء بالحق والجاهل
عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق غير مامون فلا يجوز ولنا ان
المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة لهم في الحديث
فانه صلى الله عليه وسلم سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا ولان
الصحابة رضي الله عنهم اجازوا حكم من تغلب من الامراء وجازوا تقلدوا الاعمال
منه وصلوا خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك **قال** والفاسق
يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وجه
الاول انه يجتهد حذرا ان ينسبه الى الخطاء **قال** ولا ينبغي للقاضي ان يكون
فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه
وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا
من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقيها
واقامة حقوق الله تعالى وهو من اهم امور المسلمين واقوى واجب عليهم فكل
من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما اصابه من الناس كان اولى
وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد
انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين
قال والاجتهاد شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم بالحق واختلفوا
في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما
يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية
واستنباطها من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون
باراءهم وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من اهل الاجتهاد
والاشبه انه لا بد ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار
او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد
مع هذا من ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام
يبنى عليها **قال** والمفتي ينبغي ان يكون هكذا في العلم والامانة لانه اقدر
على المقصود وابعد من الغلط واكثر احتياطا في دينه عند تجدد الحوادث فيكون

كلامه أوثق ويعتمد عليه **قال** ويكره التقلد لمن خاف الحيف أي الظلم كيلا يكون
ذريعة إلى مباشرة الظلم **قال** وإن أمنه لا أي إن أمن الظلم لا يكره التقلد
لأن كبار الصحابة والتابعين وعلماءهم رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة
قال ولا يسأل القضاء لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل إلى
نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولأن من طلبه يعتمد على نفسه
فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ أن يدخل في القضاء
مختارا لقوله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين ولأن
القضاء بالحق لا يمكنه إلا بأعوان وقد لا يعينه عليه أحد وكان في بني إسرائيل
من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة يرجى له النبوة فإذا اشتغل بالقضاء أيسوا
من نبوته فهذا دليل على أنه مسقطة وإن تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره
يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين
قال ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي
لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي رضي الله عنهما وكان
الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي الله عنه إخواننا بغوا علينا وعلماء السلف
تقلدوه من الحجاج إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه لأنه يحصل به
ضرر المسلمين **قال** فإن تقلده يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها
السجلات والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونصب الأوصياء والقيم في الأوقاف
وتقدير النفقات المفروضات لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل
في يد من له ولاية القضاء وهذا لأن القاضي يكتب نسختين أحدهما في يده لاحتمال
الحاجة إليها والأخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة
أو نقصان ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد
لأنها إنما كانت في يد الأول لعمله وقد انتقل العمل إلى غيره فلا معنى لتركها في يده
بعد العزل وكذا إذا كان من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأن الخصوم
وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمها
إليه ويبعث عدلين من أمنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان
المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ
السجلات يجمعانه في خريطة وما كان من نصب الأوصياء في أموال الناس يجمعانه
في خريطة أخرى وما كان من نسخ تقدير الأوقاف يجمعانه في خريطة وما كان من الصكوك
يجمعانه في خريطة لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا يشتبه عليه متى

في نوبته

احتاج إلى نسخة منها فأما الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع
يسهل وإنما يسألان المعزول وإن لم يكن قوله حجة لينكشف عنها ما أشكل عليهما
فإذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير **قال** وينظر في حال المحبوسين
أي القاضي الجديد ينظر في حالهم لأنه نصب ناظرا للمسلمين **قال** فمن أقر بحق أو قامت
عليه البينة ألزمه لأن كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لأنه بالمعزول
التحق بالرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على فعل نفسه وإن لم يقم عليه
بينة وادعى أنه حبس ظلما لا يعجل بتخليته **قال** وإلا نادى عليه أي إن لم يقم
عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لأن المعزول حبسه بحق ظاهرا فلا يعجل بتخليته
حتى ينكشف له حاله وينادي عليه إذا جلس للحكم أياما ويقول المنادي من كان يطلب
فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فإن حضر له خصم
فيها وإلا أخذ كفيلا منه وأطلقه والفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين هذه المسئلة
وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيلا إذا أرادوا القسمة عنده أن
الورثة ظهر حقهم في المال فلا يؤخر إلى التكفيل لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم
لأن ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسئلة أن القاضي لا يحبسه إلا بحق ظاهر
واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لأن فعل المسلم يحمل على
الصلاح ما أمكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه **قال** ويعمل في الودائع وغلات
الوقف ببينة أو إقرار لأن كل واحد منهما حجة والمراد بالإقرار إقرار من في يده
لأن إقرار الأجنبي غير مقبول **قال** ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو
اليد أنه سلمها إليه فيقبل قوله فيهما أي في الودائع وغلات الوقف لأن المعزول
التحق بالرعايا فلا يقبل قوله إلا أن يعترف الذي في يده أن القاضي سلمها إليه فيقبل
قوله فيها لأنه ثبت بإقراره أنه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار كأنه في يده
فيقبل إقراره به إلا إذا بدأ صاحب اليد بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي إليه
والقاضي يقربه لغيره فيسلم إلى المقر له الأول ويضمن المقر قيمته للقاضي بإقراره
الثاني والمسئلة على أربعة أوجه إما أن يقر بأنه سلمه إليه بعدما أقر به لغيره
أو ينكر التسليم فحكمها ما ذكرنا أو يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر به لغيره
فلا يقبل إقراره الثاني لأنه لما أقر بأن القاضي سلمه إليه صار كأنه في يد القاضي
والرابع أن يقر بأن القاضي سلمه إليه ثم يقول لا أدري لمن هو فحكمه كما ذكره
قال ويقضي في المسجد وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي
يكره ذلك لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام

المحبوس ح

والأمر إلى القاضي أن يطلقه ثم

والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوات لا للخصومات
والمنازعات ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم
وكان صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا
يجلسون للحكم في المساجد ولان الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها في
المسجد كالصلاة ولانه ابعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وابعد من التهمة
في حق القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده
والحائض تخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة
والجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان في الطرف
يختار مسجدا اخر في وسط البلدة قال او داره لان الحكم عبادة لا يختص
بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله اذن للناس بالدخول عليه
ولا يمنع احدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا باس به
اذا كان منزله في وسط البلدة والا يقعد في وسط البلدة لما ذكرنا فحاصله
ان الجلوس للحكم ان يكون في اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب
افضل ولو حكم في اي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الراي لا يجتمع وهو
مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا باس
بان يحكم وهو متكئ لانه يزيد في الراي لزيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوي
الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله انه استفتي عن مسألة
وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده
لانه يورث التهمة وان جلس وحده فلا باس به ان كان عالما بالقضاء وان كان
جاهلا يستحب له ان يقعد معه اهل العلم لانه لا يؤمن من ان يزل عن الحق فينبهونه
عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف
الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة وهو اهيب قال
ويرد هدية الا من قريبه او ممن جرت عادته بذلك لان الاول صلة الرحم
وردها قطيعة وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست
لاجل القضاء وانما جرت على العادة ولا يتوهم فيها الرشوة حتى لو كان لهما خصومة
او زاد على العادة يرده لانه لاجل القضاء فيكون من الغلول لعريه من الهدايا لانها
تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال ودعوة
خاصة اي لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها
لاجله لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم

في

ينفصل

ينفصل في الخاصة بين ان يكون من القريب او من غيره وبين ما اذا جرت له عادة
بها او لم تجر وقال في الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه
في الدعوة الخاصة لان اجابته دعوته صلة الرحم لكن اذا ذكره الخصاف
بلا خلاف وذكر الطحاوي رحمه الله ان على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف
لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة
الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بينها وبين
الهدية وهو القياس قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لقوله صلى الله
عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده
واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه وان
عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان
وان كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده قال وليسو بينهما جلوسا اي
يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء
فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ على
ذلك خصمه وينكسر همة صاحبه فيؤدي الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا بين يدي
القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا
تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين
القاضي قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف ما ضعفا او رفع
صوت ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من اليسار لان جانب اليمين افضل
فيكون تقديما له على صاحبه فيفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي
بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا دليل على ان القاضي
ان يقضي على الملك الذي ولاه القضاء وهكذا فعل شريح بعلي مع خصمه واحد من الرعية
وعلي رضي الله عنه خليفة فاذا سوى بينهما في الفعل فلا حرج عليه فيما يجد في قلبه
من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم
بين نسائه قال وليتق مساره احدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته
اي يجتنب هذه الاشياء لان فيه تهمة وكسر قلب الاخر ولو اضافهما جملة فلا
صله باس لوجود التسوية بينهما قال والمزاح اي يجتنب المزاح مطلقا معهما
او مع احدهما او مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فجاء
ذلك انه لا يكلمهما بغير ما يقعدان لاجله فانه يذهب حشمة مجلس القضاء فاذا احضرا
فهو بالخيار ان شاء بدأهما بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبدآه بالمنطق

وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه يعد لقطعها واذا تكلم المدعي اسكت الاخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى امره بالسكوت واستنطق الاخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم يكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه سال له البينة فان عجز عنها استحلف المدعى عليه ان طلب المدعي يمينه ويترتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدا بالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى **قال** ويلقن الشاهد اي يجتنب تلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول اعلم مكان قوله اشهد لهيبة المجلس فكان في تلقينه احيا الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وكفيله وحيلولته بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه ومثل هذا نوع رخصة عنده رحمه الله بعد ما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة

فصل

في الحبس ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضا وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنة فلانه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا اخر من حصته اعتق شقصا له في مملوك واما الاجماع فلان الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا عليه الا انه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز وبالربط ولما كان زمن علي بنى السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا اخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا

الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا

قال واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب المدعي حبسه بعد ابائه من الدفع اليه لانه بالاباء ظهر مطله

وبالمال الذي حصل في يده او التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول
المال في يده والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا الانسان لا يلتزم باختياره ما لا يقدر
عليه عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة فهو ظالم لقوله صلى الله عليه وسلم مطل الغني
ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف الاباء بعد امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت
الحق ببينة او باقرار وفرق بينهما في الهداية اذا ثبت بالبينة من التقدير بشهرين
فقال م او ثلث او اقل او اكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما قال ثم يسئل عنه اي
القاضي يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره
اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا
والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهد ان حاله حال المعسرين في نفقته
وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام
هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب
لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان
للقاضي ان لا يسأل عنه ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان احوط قال
فان لم يظهر له مال خلاه لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله
تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعد ذلك يكون ظلما قال
ولم يحل بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله يمنعهم لانه منظر بانظار الله تعالى الى الميسرة
فلو كان منظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل
فكذا بانظاره تعالى بل اولى وذلك ممكن في كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه
قد يكتسب فوق حاجته الدارة فياخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم
ليس له ان يطالب قبل حلول الاجل مع القدرة على اداءه لا يتوجه وفيما نحن فيه نفس
الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل
لحظة فيلازمونه قال وترد البينة على افلاسه قبل حبسه لانها بينة
على النفي فلا تقبل ما لم يتايد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط
لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد رحمه الله انها تقبل وبه كان يفتي الفقيه ابو بكر
محمد بن الفضل ونصر بن يحيى وعامة المشائخ على الاول قال وبينة اليسار
احق يعني اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعا عليه البينة على الاعسار
كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات قال وابد
حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس

ولكن نقول هو منظر الى زمان قدرته على الاداء

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان
موسراً أبّد حبسه وإن كان معسراً خلى سبيله قال فخر الإسلام معنى المسألة إذا كان
جاحداً فأقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته أو ظهر له مماطلته
بعدما أقر عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر قال ويحبس الرجل بنفقة
زوجته لأنه ظالم بالامتناع عن الإنفاق بخلاف النفقة الماضية لأنها تسقط
بمضي الزمان وإن لم تسقط بأن حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها
فإنها ليست بمال ولا لزمته بعقد على ما بينا قال لا في دين ولده أي لا يحبس
الوالد في دين ولده لأن الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده ألا يرى أنه لا
يجب عليه القصاص بقتله ولا يقتل بمورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف
أمه الميتة بطلبه قال إلا إذا أبى من الإنفاق عليه يعني لا يحبس بسبب
الابن إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه حينئذ يحبس لأن النفقة لحاجة الوقت
وهو بالمنع قصد إهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا يرى أن له أن يدفعه بقتله
إذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه إلا بالقتل ولأن دين النفقة يسقط بمضي
الزمان فلو لم يحبس عليها يفوت بخلاف سائر الديون لأنها لا تسقط بمضي الزمان
فلا يخاف فيها الفوت وهكذا حكم الأجداد والجدات وإن علوا وكذلك المولى
لا يحبس بدين عبده المأذون إن لم يكن على العبد دين لأن ماله للمولى وإن كان
عليه دين يحبس لأن هذا الحبس لحق الغرماء وهم أجانب فلا يمنع ولا يحبس العبد
بدين المولى لأنه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه إذا لم يكن من جنس
بدل الكتابة وإن كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به ولأنه إذا كان من جنسه
فقد ظفر بجنس حقه فله أخذه بخلاف ما إذا كان من خلاف جنسه لأنه ليس له
أن يحله بالدين إلا برضاه والمولى بمنزلة الأجنبي عنه حتى يجب عليه الأرش بالجناية
عليه ويضمن ما أتلف من ماله فلهذا يحبس بدينه إذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب
لمولاه بدين الكتابة لأنه لا يصير ظالماً بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة
من غير رضا مولاه ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة لأنه يصير ظالماً بمنعه إذ لا يقدر
إذ لا يقدر على فسخ بسبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه أيضاً لأنه
يتمكن من إسقاط هذا الدين أيضاً بأن يعجز نفسه فيرد رقيقاً فيسقط عنه دين
المولى فصار كبدل الكتابة ألا يرى أن الكفالة به لا يجوز كما لا يجوز ببدل الكتابة
بخلاف ما إذا كان الدين للأجنبي والفرق بينهما على الظاهر أن بدل الكتابة ليس
بدين على الحقيقة لأنه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس أن يكون

في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة
ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو أعطى كفيلاً ولا لمجيء رمضان ولا للأعياد
ليضجر قلبه ويوفي ولا يخرج لموت قريبه إلا إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه ويخرج
حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وإن وجد من يجهزه وإن مرض مرضاً أضناه
فإن كان له من يخدمه لا يخرج وإلا أخرج ولا يخرج للمعالجة لأنه يمكنه المعالجة
في السجن وإن احتاج إلى الجماع لا يمنع من دخول امرأته وجاريته عليه إن كان في
السجن موضع ستره لأن قضاء شهوة الفرج كقضاء شهوة البطن وقيل يمنع لأن الوطء
من فضول الحوائج بخلاف الأكل والشرب فإن منعه يؤدي إلى الهلاك وهو يرخص
له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفاً من الهلاك فكيف يجوز قتله لأجل الدين
ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لأنه يحتاج إليهم للمشاورة والتدبير في
قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلاً وإن المال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى
يحبس في درهم وما دونه لأن مانعه ظالم فيعاقب •

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك
ليس منه وإنما أورده فيه لأنه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب قال
ويكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأن كتابه
لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه إلى القاضي المكتوب إليه وعبر بلسانه ما في
الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى لأن الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم
يشبه فكان أكثر احتمالاً من البينة ~~من البينة~~ وجه الاستحسان ما روي أن علياً كرم الله
وجهه أجاز ذلك لحاجة الناس إليه لأنه قد يتعذر على الإنسان الجمع بين شهوده
وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلاً وسيأتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد
هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة إليه لأنا نقول يحتاج القاضي
في الشهادة على الشهادة إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك لا سيما إذا كان في بلاد
الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها أيضاً إذ أكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب
القاضي غنية عنه لأنه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه إلى نقل الشهادة وإنما يقبل
كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال
وقوله في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق
والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل إذا كان موجباً للمال

والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة في
والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار وروي ذلك عن محمد
رحمه الله وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر الرواية لا
يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف
العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة للدين
وامثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار
كالدين وفي الدعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المراة او نفس
الرجل واما بها كالداين والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج
فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه اجازه في العبد دون الامة
وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم
له بالملك ليبعثها الى الكاتب وعنه انه اجازه في الامة ايضا بشرائطه وهي ان يحلف
المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف
بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان
بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته
كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق
فاذا وصل الكتاب اليه وثبت انه من عند الكاتب وفضه بشروطه على ما
يجي سلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا
بحضرة العبد وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق
العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك
ويشهد شاهدان على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي
الكاتب ويشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين
شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا
حكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبرئ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم
على الغائب لا يجوز لان الشخص الذي كان في يده العبد هو الخصم وهو غائب
ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد
والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب
اليه فليفعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما نبه لذلك ليقطع وهم الشركة لانه
ربما شاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في يد
العبد وهذا الذي في يده ~~العبد~~ وهذه الحجة له بالاحضار والاشارة اليه ترتفع

ولهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها للمدعي بل يبعثها
مع امين معه فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور (قال م)
الخصم **قال** وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا
وانما يكتب حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا
فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه
الا اذا ادعى انه غاب بعد الحكم عليه وجحده فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ
حكمه **قال** والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على
الغائب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه
بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فيلزمه
والثاني ابتدا حكم فلا يجوز له **قال** وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه
بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة لان الحاكم الكاتب لم يكتب
بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه برايه
وان خالف رايه راي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه
لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غائبا والمفتى
عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة
على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون
لكتاب القاضي يشهدون على ان الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا
يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا
بد من تعديلهم **قال** وقرا عليهم وختم عندهم وسلمه اليهم اي القاضي
الكاتب يفعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من ان يقرا
الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم او يعلمهم بما فيه لان
المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم
التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في سائر الشهادات
ومن شرائطه ايضا ان يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه
وجده واسم القاضي المكتوب اليه وابيه وجده حتى لو اخل بشي منها لا يقبل الكتاب
ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم (والمدعي)
اما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعي عليه على وجه (شاء م)
يقع به التمييز وذلك بذكر احد مما وبذكر الحرفة وبذكر الشهود ان شا وان اكتفى
بذكر شهادتهم وعن ابي يوسف رحمه الله لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة

انه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابه الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الائمة
لكونه اسهل **قال** فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا
خصم وشهود لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة
بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غايب لانه للنقل لا للحكم
ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء لا عند
التحمل ويجوز ان يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب
القاضي وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب الاستيمان
من اهل الحرب حيث يعمل به وان لم تقم به بينة بانه كتابه لانه ليس بملزم وهذا
ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اقرار الخصم
ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبرا
بلا بينة لانه لا الزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية **وقال** ابو يوسف رحمه الله
ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة **قال**
فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه
القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه يعني اذا ثبت عدالتهم عنده بان كان
يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي الكاتب قد كتب
عدالتهم او سال من يعرفهم ~~بالعدالة~~ من الثقات فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم
لانه قد لا تثبت ~~عدالتهم فلا يحكم به~~ ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد
ظهور عدالتهم وذكر الخصاف انه لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت
عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ان الكتاب من القاضي لانهم
يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا
شهدوا انه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه الينا الى اخره
شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا
لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا لقبول
الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف
رحمه الله فانه عنده يقبله من غير بينة ومن بلد المدعي ايضا اذا اجابه رجل ولد استهل
عند الاثبات فقال اذا شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فيسهل
في ذلك لما ابتلي بالقضا وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم
رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا في تلك
المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة ايام

ونظاير

في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد وعن محمد رحمه الله انه يجوز الشهادة على الشهادة
وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي رحمه الله في اختلاف الفقهاء ان كتاب القاضي
الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكانهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر
العجز **قال** ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل
وصول الكتاب الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة
على الشهادة بموت الاصول قبل اداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا
وكذا اذا جن الكاتب او ارتد او قذف فحد او عمي وقال ابو يوسف رحمه الله لا يبطل
بل المكتوب اليه يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ان القاضي
الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابته بمنزلة اداء شهود الفرع لانه ينقل شهادة الذين
شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع
اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضا بها فانه لا يمنع القضا بالحكم بها ولنا ان القاضي
الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا ان لهذا النقل حكم القضاء
الا ترى ان هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة
ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة كما يجب على القاضي بسماع البينة
قضا فثبت ان لهذا النقل حكم القضا ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب
اليه ولا يجب القضا على المكتوب اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراته لان
العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضا فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في
سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول
بعد ادايهم الشهادة لانهم اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب
بموت الاصول او بموت الفروع كما في سائر الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء
قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا او حكم
به ثم رفع الى قاض اخر وامضاه جاز لان قضاه صادف محلا مجتهدا فيه لان
هذا القضا مختلف فيه واذا كان الاختلاف في نفس القضا ينفذ بالتنفيذ من
قاض اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضا لما عرف
في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية
ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا به بالقراة فلا يبطل بالموت كما
لو مات الشاهد بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها وفي اختلاف زفر ويعقوب
رحمهما الله انه لا يقضي به اذا مات قبل قضايه به **قال** وموت المكتوب اليه

الشهادة صح

فكذا هذا وكذا الحكم في
كل شاهد مات بعد ادا
الشهادة قبل صح

الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين اى يبطل الكتاب
بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه
عائد على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم
القاضي الذي جاء بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان
القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة تتفاوت في الامانة فصار
نظير الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
حيث لا يجوز ان يحكم به احد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام
الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضي
الى القاضي وصار غيره تبعا له واجاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من
القضاة حين ابتلي بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي
رسالة قاض اخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر
وتكلم به ولو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية في غير موضع
ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضي
المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء او نقول ان الكتاب لا يقبل
قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه
فبقي على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه ان يكتب كتابا الى قاض اخر
اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا للمكتوب اليه ثانيا ان يكتب الى اخر الى ما لا
يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما
فصاروا كانهم شهدوا عنده حقيقة فجاز لهم ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى نقلها مرارا
ماسة وهي المجوزة للنقل قال ولا بموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت
الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل
لان وريثه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي
الى الامير ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله اصلح الله الامير ولا يكتب اكثر من
ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب
القاضي الى القاضي والقياس ان لا يجوز في مصره الا به ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان
القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما يعجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك
لحرجوا لان كل احد لا يحضر مجلس الامير فليشهد والامير لا يمكنه التفحص عن احوال
الشهود فيقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في

[illegible]

بمصر

بمصره وان كان في مصر اخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على اصل القياس لعدم جريان
العادة والضرورة لقلة وقوعه قال ويقضي المراة في غير حد وقود لان
القضاء يستقي من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحدود وكذا يجوز قضاؤ
ه فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة البدلية وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز ان تولى المراة لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا
للشهادة وكذا للقضاء كالرجل قال ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه ذلك
بخلاف المامور باقامة الجمعة لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض
اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمامور باقامتها ان
يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم اذا احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان
يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد بدونها وان كان شرع فيها
جاز ان يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثاني بانيا فلا
يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته
معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو افسد المستخلف
الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم
الخليفة فاجازه القاضي جاز اذا كان المستخلف اهلا للقضاء وان كان رقيقا او
محدودا في قذف او كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضي جاز لان المقصود
الامام بتوليته حضور رايه كالوكيل بالبيع او الشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله
بحضرته او بغيبته فاجازه ولو فوض اليه الامام ان يستخلف بان قال ولّ من شئت
له ان يولي من شاء فيصير نائبا عن الامام في التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن
له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل
بموته وينعزل بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل
والعزل في حياته لانه وان ثبت حكمها بعد موت الموصي وقد يعجز الوصي عن الجري
على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته
بغيره كيلا تفوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما
فلا تفوتهما المصالح ولو فوض اليه العزل بان قال استبدل من شئت كان له العزل
لانه ملكه بالتفويض اليه وهذا لانه نائب عن الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان
رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس متفاوتون في الامانة والتصرف
قال واذا رفع اليه حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة
والاجماع لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء

به فلا ينقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث
والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجي قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة
وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كره استعماله تقلد القضا ابا الدردا واختصم اليه
رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فسأله عن حاله فقال قضى (عمر صح)
علي فقال لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضا قال
ليس هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بقضية
ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وفي الجامع
الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضى به القاضي ثم جا قاض اخر يرى غير ذلك امضاه
قيل يكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره في الكتاب
التقييد به فيوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه وقال لو اشترطه ان يكون عالما
باختلاف العلما حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاوه
عند عامتهم ولا يمضيه الثاني ذكره في النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الائمة
هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وان كان عامدا ففيه روايتان في رواية ينفذ لانه
ليس بخطا بيقين وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهي عن اتباع هوى غيره بقوله
تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيل
الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط ان لا يكون مخالفا لما ذكر من الادلة
ولو كان مخالفا لها نقضه الثاني لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة غير سائغ
فينتقض به وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس
فيه خلاف يستند الى دليل شرعي فحاصله ان الذي قضى به الاول لا يخلو من اربعة
اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع ولا كلام فيه (فيه صح)
واما ان يكون محلا للاختلاف فيستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض
له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من اصحاب الشافعي رحمه الله اليمين
بالطلاق المضاف فابطل اليمين بعد ولا يقع الطلاق ويتزوجها بعده والاحسن ان
يقول ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق واما ان يكون الخلاف في نفس القضا ففيه
روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد
قبل القضا فاذا قضى حينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء اخر
يرجح احدهما وذلك مثل القضا على الغائب وللغائب وقضا المحدود في القذف
وشهادته بعد التوبة وقضا الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب وقضى

الفاسق او المحدود في ~~الاصح~~ لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة حكمه
حينئذ يلتزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضا فقبل القضا لم يوجد محله
واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ نقضا ولا
ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الى الف حاكم وينفذه لان قضاه وقع باطلا لمخالفته
الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضا بشاهد
ويمين او بالقصاص بيمين الولي واحد من اهل المحلة وبيمينه او بصحة نكاح المتعة (اي بيمين الولي)
والموقت او بصحة بيع عبد معتق البعض او بلزوم مهر متروك التسمية عمدا او
بجواز الحد او امراة الجد او بسقوط الدين بمضي سنين او بجواز بيع جنين ذبحت امه (نكاح صح)
ومات في بطنها او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال حق
المراة عن العقود او بعدم وقوع الطلاق الثلث جملة او بعدم وقوع الطلاق على
حبلى او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا
ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد رحمه الله حتى لو قضى بجوازه
لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في عصر ثم
اجمع العلما على احد القولين في عصر اخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا
فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدمة وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على
حاله وقال شمس الايمة يرتفع بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما
لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضا القاضي بخلافه لضعفه قال وينفذ
القضا بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة
اي في الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا
وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لما ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار
كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل على
امراة وهي منكوحة الغير او معتدة به وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه
لتلك المراة شاهداك زوجاك ولان القضا لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم (بينهما صح)
ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع الا ترى ان (اداه صح)
التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا
يفسخ القاضي البيع بينهما فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطي الجارية المبيعة وكذا
في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشا وشرطه
ان يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشا وانما لا يشترط

الشهود في النكاح لانه مقتضي في صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه
وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا بخلاف الفساق وعلى ما عرف في موضعه ولا يمكن
الوقوف عليهم فلم يكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في
اسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض اولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير
سبب ليس في وسع البشر فتعين بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء
والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة
روايتان وكذا في البيع باقل من قيمته لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التبرع
في ملك الغير والبيع باقل من قيمته تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن
صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل ولان البيع باقل من القيمة ليس بتبرع
الا ترى ان المكاتب والعبد المأذون له يملكانه واذا ادعت المرأة ان زوجها
ابانها بثلث او بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت
لا يسعها الاقامة معه ولا ان تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل فيما اذا كان
الطلاق ثلثا لبطلان المحلية للانشاء قبل زوج اخر وفيما دون الثلث مشكل لانه
يقبل انشاء النكاح فينبغي ان يثبت الانشاء على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وجوابه
ان يقال ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف
الزوجين بالنكاح الا ان المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم
فبقي ما كان على ما كان فلم يحتج القاضي الى القضاء بالنكاح قال ولا يقضي
على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعي على الغائب
سببا لما يدعي على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغائب
وقال مالك والشافعي رحمة الله عليهما يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه
لانه صلى الله عليه وسلم قضى لهند امرأة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غائب فقال
لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله صلى الله عليه وسلم البينة على
المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة
وهي مبينة كاسمها فجاز القضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام
الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي بمعناه ولان القضاء لقطع
المنازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل
ان يقر الخصم ويحتمل ان ينكر واحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى
فلا يجوز مع الاشتباه الا ترى انه صلى الله عليه وسلم قال فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت

الا الغاصب صح
في رواية صح
قياس صح
ولا منازعة صح

كيف

كيف تقضي فهذا يدل على ان العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وان الجهل يمنع القضاء
وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في
الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا تكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه
لم يكن قضاء وانما كان فتوى او اعانة لها على اخذ ما له الا ترى انها لم تدع الزوجية
ولم تقم البينة فكان النبي صلى الله عليه وسلم عالما بانها امرأته ولم يكن فيه وجه القضاء
اصلا وكذا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة
لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق
القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي بان له بكلام المدعي اذا لم يكن له منازع فتعين
ان يكون في حق الخصم وكذا لو اقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت بينته
ثم غاب المدعى عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو او من يقوم مقامه فيقضى عليه
بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية ولو اقر عند الحاكم ثم غاب
قبل ان يقضى عليه قضي عليه وهو غائب لان له ان يطعن البينة فيبطل به دون الاقرار
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضى بالبينة ايضا ثم من يقوم مقامه قد يكون نائبه
او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكما وذلك بان يكون
ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان احدهما ان يكون
ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد انسان وانكر
ذو اليد وادعى انها ملكه واقام الخارج البينة انه اشتراها من فلان الغائب
او ادعى في دار في يد انسان شفعة لان ذا اليد اشتراها من فلان وقال
ذو اليد الدار داري لم اشترها من احد فاقام المدعي البينة انه اشتراها
من فلان الغائب او ادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغائب بامره فانكر الحاضر
بالكفالة وانكر الدين فاقام المدعي البينة ان له على الغائب والحاضر حتى اذا حضر
الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني ان يكون ما يدعيه عليهما شيئين
مثل ان يدعي القاذف انه عبد فلان فيجب عليه اربعون فاقام المقذوف البينة
ان مولاه الغائب قد اعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا او قال المشهود عليه الشاهدان
عبدان فاقام المدعي عليه البينة ان مولاهما اعتقهما وهو يملكهما فان بينته
تقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين كشيء واحد اذ لا ينفك احدهما عن
الاخر لان ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار وكذا
لو اقام احد الوليين البينة ان شريكه الغائب عفى عن القود وقال انقلب نصيبي
مالا تقبل وان كان احد الحقين ينفك عن الاخر لا تقبل في حق الغائب وتقبل في حق

الحاضر مثل ان يدعي رجل انه وكيل الغائب بنقل امرأته او عبده اليه فاقامت المرأة
او العبد بينة انه اعتقه او طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل
ان ينقلها ولا تقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا يقعان وكذا لو اشترى رجل
جارية فادعى ان مولاها زوجها من فلان الغائب واراد ردها بعيب الزواج
لا تقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغائب شرطا لما
يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر
والغائب مثل ان تقول المرأة انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا
واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك
وان كان لا يتضرر بذلك تقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغائب الدار
فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال
في الشرط ايضا تقبل مطلقا كما في السبب منهم علي البزدوي لان دعوى المدعي كما يتوقف
على السبب يتوقف على الشرط ايضا **قال** ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب
الصك لا الوصي والاب لان القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي
والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض
تبرع الا يرى انه لا يجوز التاجيل فيه كسائر التبرعات فلا يملكانه ولا ينبغي اقراضهما
يكون على شرف التوى بان يجحد المستقرض على مر الزمان ويرد شهوده لان كل
مستقرض غير مومن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي
حيث يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي كثير الاشغال فلا يمكنه
ان يباشر الحفظ بنفسه وانه يدفعه الى امينه ودفعه اليه بطريق القرض انظر لليتيم
لانه يكون مضمونا عليه والوديعة امانة ان هلكت يهلك بغير شيء ويومن التوى
بجحود المستقرض لكونه معلوما للقاضي ولكونه لا يقرضه لديانته ومعرفته باحوال الناس
الا من امين يومن ولا يخاف منه الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة
اشتغاله يخاف ان ينساه قال شمس الائمة في الاب روايتان اظهرهما انه ليس له
ان يقرض والمعنى ما بينا وليس له ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه
فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد
احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل احد منهم حاله اخذ منه
المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير
الا يرى انه ليس له ان يقرض المعسر
ابتداء فلذا ليس له ان يتركه عنده انتهى

باب التحكيم

لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضاء وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع
الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم الزوجين
واما السنة فما روي انه صلى الله عليه وسلم نزل على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه
اجماع الصحابة رضي الله عنهم **قال** حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار
او نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضيا لما تلونا ورويناه
ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما
وشرط ان يكون حكمه بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط
نفوذ حكمه ان يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان حكمهما بمنزلة الصلح
بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته ولذا لا ولاية لهما على
العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه
ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل
باقرار او ثبتت جراحة ببينة وارشها اقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة
او عمدا وكان بقدر ما تتحمله ولكن كانت الجراحة عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه
لان العاقلة لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول
ذكره الخصاف وشرط ان يكون صالحا للقضاء لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه
ما يشترط في القاضي حتى لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز
لانه لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة وكذا حكما وان حكما فاسقا او امرأة
جاز كما في القضاء لانهما اهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة في
حقه ولذا يجوز تقليد القضاء ليحكم بين اهل الذمة **قال** ولكل واحد المحكمين
ان يرجع قبل حكمه لانه يتقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من
جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال ان الحكم ثبت بتراضيهما
فوجب ان لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم
فيستبد احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات **قال**
فان حكم لزمهما لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل
لا يبطل حكمه فكذا هذا ولان حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون
لاحدهما ان يرجع عنه بعد تمامه فهذا اولى **قال** وامضى القاضي حكمه ان
وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض

والا ابطله يعني اذا رفع حكمه اليه وتحاكما عنده نفذه ان وافق مذهبه

بلغ

اخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لا امضاه بمنزلة قضائه ابتدا ولو لم يمضه لنقضه
قال والا ابطله اي ان لم يوافق مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم
الحكم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه
الا ان خالف الكتاب والسنة والاجماع على ما تقدم لان المولى من جهة الامام له
ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن احد من
نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف الحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية
على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض
اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك فلذا هذا وهذا لانه اعطي له حكم القاضي في حقهما
حتى اشترط فيه شرائط القضا وفي غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله
هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه ما لم يخالف
الدليل الشرعي وجوابه ما بينا ولو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة
الشهود وهما على حالهما تقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضا
الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما لاحد
قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي عليك بينة بكذا وكذا فعدلوا
وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده
بشي او قامت عليه بينة بشي نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشا الحكم عليه بذلك
فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك
لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى
انكار المقضي عليه فلذا هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا
لم تحكم بيننا وقال الحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما
يملك استينافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشا الحكم ولا يصدق بعده
لانه لا يملك انشا الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه الحكم انما يخرج عن الحكومة
باحد اسباب ثلثة اما بالعزل او بانتها الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى
الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله تعالى
وان لم يلحق بدار الحرب ولو غاب او اغمي عليه ثم برئ منه او قدم من سفره او حبس
كان على حكمه لان هذه الاشيا لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضا
ثم عزل عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد
من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا
لو حكما في بلد اخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن كلها

ولو حكما

ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما دون الاخر لا يجوز لانهما
رضيا برايهما لا براي احدهما قال ويبطل حكمه لابويه وولده وزوجته
كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم اي يبطل حكم الحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم
بخلاف حكمه عليهم لانه يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة
حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لابن امراته وامها وكذا
لامراة ابيه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحيا لان شهادته جائزة فهذا هو
الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضا لهم قضا لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون
وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضا للاخوة واولادهم والاعمام
لان شهادتهم لهم جائزة

باب مسائل شتى

قال رحمه الله لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة فيه بلا رضا ذي العلو
معناه اذا كان لرجل سفل ولاخر علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا
ينقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو
وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو بيتا او يضع عليه جذوعا
او يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رضي الله عنه على معنى انه لا يمنع
الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة
لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل يبقى
على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل يتعلق به حق الغير
كالرهن والعين المستاجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما اشكل
بقي على اصل الحظر وهذه الاشيا من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا
اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البنا لعدم التعدي ولكن
لصاحب العلو ان يبني ان شا ويبني عليه علوه ثم يرجع بقيمة البنا عليه ويمنعه من
السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البنا لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن
اذا قضى الدين بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت
فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه
يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار
صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم
بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة
بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه

جبر على اعادته لتعديه على محل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون ومولى
العبد الجاني يتصرف فيه بعتق او نحوه وذكر الحلواني رحمه الله ان كل ما يجبر الشريك
مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر الاخر لا يرجع لانه متطوع اذا كان يمكنه
ان يجبره وذلك مثل كري النهر او اصلاح سفينة معيبة وفداء العبد الجاني
وان لم يجبر لا يكون متطوعا كمسئلة انهدام السفل والعلو لانه لا يتوصل الى حقه
اصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح فصار مضطرا وذكر في النهاية
معزيا الى قاضيخان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان يحفر بئرا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم
معلول بعلة الضرر قال زايغة مستطيلة تنشعب عنها مثلها غير نافذة
لا يفتح فيها اهل الاولى بابا معناه سكة طويلة تنشعب منها سكة اخرى طويلة
وهي غير نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان
الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك
لاهلها على الخصوص الا يرى انه لو بيعت دار منها كان لهم حق الشفعة لا لاهل
الاولى فلو مكنوا من فتح الباب ليخرجوا منها اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة
ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة
فيمنع منه لانها ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحق بهم ضرر بان يضيق
عليهم ثم قال بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق حق العامة وهو من جملتهم
وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو له ان يرفع كله فاولى ان يكون
له نقض البعض والصحيح الاول لما ذكرنا ولانه قد يتركب عليه بابا ويدعي حق المرور
على طول الزمان فيستدل بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به قال بخلاف
المستديرة يعني بخلاف ما اذا كانت الزايغة مستديرة حيث يكون لكل واحد من اهل
الاولى فتح الباب اليها لانها كانت مستديرة وتلتقي طرفاها اعوجاج حتى بلغ عوجها
راس السكة صارت كلها ما واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار منها كان لهم
حق الشفعة وهذا اذا كانت السكة غير نافذة اما اذا كانت نافذة فلجميع المسلمين
فيها حق المرور ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر
بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه
من الدخان يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين جاره حائطا وعن ابي يوسف رحمه الله
ان الجيران ان تأذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم
ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه

بخلاف المستديرة ٤

ولو حفر

ولو حفر في داره بئرا فنز منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك
يقينا فله منعه وهو خلاف قول اصحابنا ولو اراد ان يتخذ في داره تنورا للخبز
الدائم كما يكون في الدكاكين او رحى للطحن او مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك
يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا فلم يمكن التحرز عنه والقياس ان يجوز لانه
تصرف في ملكه فترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة ولو سقط حائط بين دارين
لاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعده في البناء قال اصحابنا لا يجبر وكان
الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر في زماننا لانه لا بد من ستره بينهما وقال قاضي
خان ان كان الحائط يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر والا
اجبر وقيل ان كان يقع نظره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة
وان كان لا يقع في سطحه فلا يمنعه قال ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له
في وقت فسئل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشرا قبل الوقت الذي
يدعي فيه الهبة لا تقبل وبعده تقبل لوجود التناقض في الوجه الاول لانه يدعي
الشرا بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق
بينهما وفي الوجه الثاني يمكن اذ الشرا وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا
يكون متناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسئلة بحالها لا يقبل في الاولى ويقبل
في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا فرق في ذلك بين ان يقول جحدني
الهبة اولا ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض لانه يدعي شرا ملكه لانه
اذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا بعد ذلك لانا نقول
لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة وجميع العقود ينفسخ بالجحود اذا
وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكر
لهما تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغي ان يقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشرا
متاخرا ومثله لو ادعى دارا في يد رجل انه اشتراها من ابيه في حياته وصحته
وصاحب اليد ينكر فعجز عن اقامة البينة وحلف ذو اليد فاقام المدعي بينة انه
ورثها من ابيه تقبل لامكان التوفيق على ما بينا ولو ادعى الارث من ابيه اولا ثم ادعى
الشرا منه لا تقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا تبين ان التناقض انما يمنع صحة
الدعوى اذا لم يمكن التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي والا فلا وقيل
وقبل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان
قال ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الامة فانكر فللبايع ان يطاها ان
ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشرا كان ذلك الجحود فسخا منه اذ الجحود

كأنه عن الفسخ لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود إنكار للعقد من الأصل
فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فإذا ساعده البائع
بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها وله أن يردها على بائعها بالعيب إن وجد
بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى إذا أقام المشتري بعد ذلك
بينة أنه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي الهداية إذا عزم على ترك الخصومة قبل
تحليف المشتري للسائل أن يردها على بائعها لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال
أن ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق بائعه والأشبه أن يكون هذا
التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغي أن يرد عليه مطلقا لأنه فسخ من
كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لأن المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض
وقد بيناه من قبل فإن قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا
نحن لا نثبته بالعزم والتمني أو بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل بمجرد العزم وانما نثبته
من موضع الخصومة إلى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لأن التصرف فيها
لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا دلالة إذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره
اخرتك هذه الدابة يوما لتركبها فأخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه
دلالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال ومن أقر بقبض
عشرة ثم ادعى أنها زيوف صدق ومعناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم
ثم ادعى أنها زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا ولهذا إذا ادعى
أنها نبهرجة ولو ادعى أنها ستوقة لا يصدق لأن اسم الدراهم يقع على الجياد
والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز
حتى في الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في إنكاره
قبض حقه مع يمينه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن واستوفى
حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لأنه متناقض لأن الزيوف ضد الجياد وحقه
في الجياد فكان الإقرار بقبض حقه مطلقا إقرارا بقبض الجياد والاستيفاء عبارة
عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وبخلاف ما إذا قبض
المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين
في البيع فإذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى قبض عين حقه ثم بدعواه العيب
بعد ذلك صار متناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين
وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة
فبالإقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق

دعواه

في دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن
أو حقه أو استوفى ثم ادعى أنه كان زيوفا ينظر فإن كان مفصولا لا يصدق لأن قوله
جيادا مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص يحتمل التأويل وهو
المراد بما ذكرنا وإن كان موصولا صدق وقال في النهاية لو أقر بقبض حقه ثم قال
إنها ستوقة أو رصاص لم يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكره شيخ الإسلام ثم
الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه
الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان
والستوقة صفر مموه وعن الكرخي رحمه الله الستوق عندهم ما كان الغالب عليه الصفر
أو النحاس هو الغالب قال ومن قال لآخر لك علي ألف فرده ثم صدقه فلا
شيء عليه يعني إذا أقر لغيره بألف فرده المقر له بأن قال ما كان لي عليك شيء
أو قال بل هو لك أو لفلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك في مكانه أو بعده فلا
شيء على المقر لأن الإقرار هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا
بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر حيث يكون
له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لأن العقد
حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا
وبخلاف ما إذا أقر بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حتى لا يرتد بالرد بذلك
عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى إذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لأن الإقرار
بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الإقرار أو الإبراء
عن الدين أو هبته له ثم رده لا يرتد لأنه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده
وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لأن هبة العبد من نفسه إعتاق ولا يرتد
بالرد ولو أقر بشيء لإنسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن إقراره
لا يقبل ولو أراد تحليف المقر له لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن
إقراره حجة عليه كالشهادة ولأن دعواه متناقضة فيفسدت فصار نظير
ما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى أن له عليه دينا وأراد تحليفه فلا يحلف
وعند أبي يوسف رحمه الله إذا ادعى أنه أقر كاذبا وأراد تحليف المقر له يحلف
لجريان العادة بالإشهاد على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزا عن امتناع الآخر عن اخره
التسليم قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي
على ألف وهو برهن على القضاء أو الإبراء قبل أي ادعى رجل على رجل ألف درهم فقال
المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة أن له عليه ألف درهم وأقام

المدعى عليه انه قضاه او ابراه تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان
القضاء والابراء يكون بعد الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن
لان غير المحق قد يقضي ويبرأ منه الا انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت
ظاهرا ~~ثبت ظاهرا~~ ثم يقضي الا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فانكر فاقام
المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة على العفو او الصلح على مال تقبل بينته
وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق تقبل فكذا هذا كما لو قال ليس لك علي شيء
لان التوفيق فيه اظهر **قال** ولو زاد ولا اعرفك لا اي لو زاد هذه
الكلمة على ما ذكر بان قال ما لك علي شيء قط ولا اعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه
على القضاء والابراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من
دفع واحد وقضاء واقتضاء بلا معرفة احدهما صاحبه وذكر القدوري رحمه الله
انه تقبل ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر
بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال
في النهاية تفريعا على هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته
وفي الكافي وانما تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا
ثم قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا تقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار
المدعي بذلك فتقبل بينته لان التناقض يمنع صحة الاقرار **قال** ومن ادعى
على آخر انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن على الشراء فوجدها عمياء فبرهن
البائع انه برئ اليه من كل عيب بها لم تقبل اي وجد المشتري بها عيبا فردها
عليه فاقام البائع البينة انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف
رحمه الله انها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابراه
عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكر ابو يوسف رحمه الله انه لو ادعى الشراء
من شخص وهو ينكره فاقام المدعي البينة على الشراء منه واقام المنكر البينة انه قد رد
المبيع عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التأويل ويقول اخذ مني بينة كاذبة ثم استقلته
منه فاقالني ووجه الظاهر ان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة
الى غيره فيقتضي وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد انكره
فيكون مناقضا بخلاف ما تقدم من مسألة الدين لان الباطل قد يقضي على ما تقدم
قال ويبطل الصك بان شاء الله اي يبطل صك الشراء والاقرار اذا كتب
في آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شيء لان الاستثناء
يبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في آخر الصك ومن قام بهذا الحق فهو وكيل

ان شاء الله تعالى او كتب فما ادرك فلان من درك فعلى فلان خلاصه يبطل الصك
كله عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما
يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذ الاصل
في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا
له فيكون ضد ما قصد به فينصرف الى ما يليه ضرورة الا ترى انه لو كتب كتابا الى
بعض اخوانه او وكلائه وقال في آخره يفعل كذا وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء
الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل كشيء واحد لحكم العطف فينصرف
الى الكل كما في الكلمات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامرأته طالق
وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله وما ذكراه من العادة انما جرى بان يترك فرجة او
يرسل خطه على حدة فلو فعل هنا ذلك انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشراء ولا الاقرار
لان الفرجة كالسكوت حالة النطق ولان الاستثناء انما يكتب في كتب الرسالة
للتبرك عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا وفي الصك يبطل بالاجماع
ثم اذا ذكر ذلك في الكتاب لان العادة جرت بينهم ان يكتب في اسفل الصك ومن قام
بهذا الحق فهو ولي ما فيه اي وكيل بالخصومة باثبات ما فيه من الحق وفائدة هذه
الكتابة ان يثبت برضا الخصم التوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه
لان المنع لحق الخصم فاذا رضي فقد اسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا اذ لا
يؤدي الى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل لا يفيد على قوله ايضا وانما يفيد على قول ابن ابي ليلى
فان عند ابي حنيفة رضي الله عنه لما لم يجز توكيل المجهول لا يعتبر الرضا به وعند ابن ابي ليلى
يجوز فيفيد **قال** وان مات ذمي فقالت زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة
اسلمت قبل موته فالقول لهم وقال زفر رحمه الله القول لها لان الاسلام حادث
والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب اوقاتها واقرب اوقاته ما بعد الموت فيضاف
اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان
ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو نعتبره للاستحقاق والظاهر
لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم وعنده نصرانية فجاءت مسلمة بعد
موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة ايضا
ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك واما الورثة
فمرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا فحاصله ان الظاهر لا يصلح للا
وهي تدعي به الاستحقاق وفي المسلمين يصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان

القول قولهم في المسئلتين ولا يرد على هذا مسايل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا
كان في يد رجل عبد وقال رجل قد كان عبده وهو في ملك البايع وقال المشتري
بل هو ملكي كان القول للمشتري وياخذ ارشه منه فاستحق بالظاهر لانا نقول
لا يجوز ان يكون العبد للرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها
ما اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان ما الطاحونه وحكم الحال يكون جاريا
في الحال يستحق الاجره بهذا الظاهر لانا نقول انه لا يستحق بالظاهر اذا لم يكن سبب
الاستحقاق موجودا بيقين فيستحق به ههنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجاره
موجود في الحال وكذا في المسئلة الاولى السبب وهو ملك الرقبه موجود في الحال
بخلاف الزوجيه في مسئلة الميراث فانها ليست بموجودة في الحال ومنها ان المراة
اذا ادعت ان زوجها ابانها في المرض وصار فارا فترث وقالت الورثه ابانها
في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى اقرب اوقاته
لانا نقول انها ترث لا بما تنكر المانع وهو الطلاق في الصحه والاصل عدمه فترث
قال وان قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال اليه
يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت
لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لا قراره بان ما في يده ملك الوارث
خلافه عن الميت فصار كما اذا اقر انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما
اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يومر بالدفع اليه
لان فيه ابطال حق المودع في العين بازالتها عن يده لا ان يدا المودع كيد المالك
فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا اقر انه وكيل الطالب
بقبض دينه حيث يومر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ الديون تقضى بامثالها
فيومر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعه قال علاء الدين ليس له ان
يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد لان اقراره
ليس بحجه في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن
اذا جاء المودع وانكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال
في النهايه قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله
كالمنع منه واختلف في اللقطه اذا اقر الملتقط انها لفلان هل يومر بالدفع ولو
ادعى انه وصي الميت فصدقه مودع الميت او غاصبه او وصيه لا يومر بالدفع
اليه قال وان قال لاخر هذا ابنه ايضا وكذبه الابن الاول قضى بالمال
للاول يعني قال مودع الميت لرجل اخر بعدما اقر للاول هذا ايضا ابنه وكذبه

الابن الاول قضى بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال
فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره الاول حيث
قبل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع
القاضي المعزول اذا ابدا بالاقرار بما في يده لانسان ثم اقر بان القاضي المعزول
سلمه اليه فانه يضمن على ما مر من قبل قلنا هنا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى
المقر له الاول بغير قضاء القاضي ذكره في النهاية قال واذا قسم ميراث
بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث وهذا شي احتاط به بعض القضاة وهو ظلم
وهذا عند ابي حنيفه رضي الله عنه وقالا ياخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت
الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم واما اذا ثبت
بالاقرار ياخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يوخذ منهم
كفيل بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركه بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه
الى اقامة البينه على عدد الورثه وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف
فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة ان شا الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغايب
ويحتمل ان يكون له وارث او غريم غايب بل هو الظاهر لان الموت ياتي بغتة فيحتاط
بالكفاله كما اذا دفع اللقطه او الابق الى صاحبه او اعطى امراة الغايب النفقه
من مال زوجها ولابي حنيفه رضي الله عنه ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يوخر
لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا اثبت الشرا ممن هو في يده او اثبت الدين
على العبد حتى يباع في دينه وهذا لان القاضي مامور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم
يظهر فلا يجوز تاخيره ارايت انه لو لم يجد كفيلا لكان يمنع حقه ولان المكفول له
مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرما بخلاف النفقه لان حق الزوج ثابت
وهو معلوم والابق واللقطه على الخلاف في الاصح وان كان الدفع اليه باقامة البينه
لانه لما اثبت ببينته حرم تاخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامه لان الدفع اليه
في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه فلذا تاخيره لعدم الاستحقاق بخلاف
الاثبات بالبينه لان الدفع مستحق فيه ولا يقال ان القاضي يتلوم في هذه الصور
ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيرهم ولا غريم بالاتفاق ولو
كان التاخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق الى معنى
اخر بعد ظهوره بعينه شرعا لاجل موهوم غير ثابت الا ترى ان الوهم موجود وان
قال الشهود لا نعلم له وارثا اخر ولو كان لاجل الوهم يكفل لوجب التكفيل فيه
بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زايد بانتفا الشريك المستحق

ابنا معروفا

ع

للقاضي

المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز الا يرى ان القاضي يطلب من الشهود ان يقولوا
لا وارث له غيره وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز ولكنه يزداد به
طمانينة القلب فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الى راي القاضي وقدره الطحاوي
رحمه الله بالحول وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على ان المجتهد
يخطي ويصيب وعلى ان ابا حنيفة رحمه الله بريء عن الاعتزال لا كما ظنه البعض
بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله
واحد معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو المامور به وهو محق في حق عمله
حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وان اخطا الحق الذي هو عند الله واحد
فيكون كانه اصاب الحق قال ولو ادعى دارا ارثا لنفسه ولاخ له غائب
وبرهن عليه اخذ نصف المدعى فقط يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك
نصيب الغائب في يد ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم
يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن فلا يترك في يده اذ لا يؤمن من الجحود ثانيا والقاضي
نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده من النظر شيء لان البينة لا توجد في كل
مرة ولا كل قاض يعدل فيتعين الاخذ منه ووضعه في يد عدل ولانه يخاف
ان يتصرف فيه لان من يدعي ان الشيء له وهو في يده لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان
او غير عدل بخلاف ما اذا كان مقرا لان النظر في تركه في يده متعين ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي ان
يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى ياخذها من ايدي من هي عنده فصار نظير
ما لو عرف القاضي ملكا لانسان ثم رآه في يد غيره فانه لا ياخذه منه ولا يتعرض له ما لم
يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القضاء وقع للميت مقصودا ولهذا لو قضي على ذي
اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضى بها ديونه وينفذ فيه وصاياه
وصاحب اليد مختار الميت او يحتمل ذلك فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده
قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر انه لا يضر به ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون
الحادثة معلومة له وللقاضي ويسجله في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان يموت
القاضي فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضي والشهود الذين عاينوا القضاء
او الذين شهدوا باصل الحق ونسيانهم من النوادر ربما يكون فلا يعتبر وان كانت الدعوى في
المنقول فقد قيل لا يترك النصف الذي هو للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع
الى عدل يحفظه لحاجته الى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا يملك

القاضي

القاضي بيع المنقول على الكبير الغائب لان له ولاية الحفظ عليه كما للاب ذلك وكذا
لوصي الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه على
الصغير دون التصرف ووصيهم قائم مقامهم فيملك ما يملكونه وقيل المنقول
ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة رضي الله عنه اظهر بمعنى انه مضمون عليه ولو اخذ
ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان الترك ابعد من التوى وانما لا يؤخذ الكفيل (فيثبت الملك للميت م)
منه لانه انشاء خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب
لا يحتاج الى اعادة البينة ولا القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت
فيما يكون لهم ويستحق الميراث عنه ولذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او
عينا فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه
لا عن الميت فلا يصلح لهم نائبا ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام
الميت بخلاف الاثبات فانه نائب عن الميت فيما له وعليه فيكون نائبا لهم ايضا في (قيد م)
ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاؤه على جميع الورثة اذا كان المدعى في
يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده [illegible] ينفذ بقدره لان دعوى العين
لا تتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان
المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا قال
ومن قال مالي او ما املك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو اوصى بثلث ماله فهو
على كل شيء والقياس ان يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله
لان اسم المال يتناول الكل كقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال في باب
الصدقات بايجاب الله منصرف الى البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق وقوله (معلوم م)
تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية
لانها اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي ولان العادة ان الانسان
يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال
وفاته ويدخل فيه جنس ما تجب فيه الزكاة وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة
سواء بلغت قدر النصاب وسواء كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان المعتبر (نصابا او لم تبلغ م)
جنس ما تجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها ويدخل فيه الاراضي العشرية عند
ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه مصارف الزكاة فكانت
جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا يدخل لانها سبب المؤنة ولهذا تجب
في ارض الصبي والمكاتب وفي ارض لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده

وذكر في النهاية قول ابي حنيفة مع قول محمد رحمهما الله قال ذكره التمرتاشي معه ولا
تدخل الارض الخراجية لانها محض مؤنة ولا تدخل الرقيق للخدمة ولا العقار
واثاث المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال
الزكاة لما ذكرنا ومن مسايخنا من قال في قوله ما املك او جميع ما املك في المساكين
صدقة يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس في
قوله مالي صدقة او جميع مالي صدقة لان الملك اعم من المال الا يرى ان
الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك
المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم تناول
جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بان قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة
والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في
احدهما واردا في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان
الايثار عادة يلتزم التصدق بالفاضل عن الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما
يجب فيه الزكاة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من
ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيا بعد ذلك يصدق بمثل ما امسك لان حاجته
مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته ليتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة
ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك
لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل
الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل
وكذا اهل التجارة واهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر
عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة قدر
ما يكفيه الى ان يتجدد له حاصله **قال** ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية
فهو وصي بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيا من التركة قبل العلم بالوصية جاز
البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لا يجوز في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان احدهما
في حالة الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلافة لانه يتصرف ~~بعد~~
بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك له
والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا
هذا اما الوكالة فانابة ولانه التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقا ولاية الموكل
فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الملك بالبيع ولان الموكل

قادر متصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى انابته بدون العلم بخلاف الميت
والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة حتى لا يثبت الا بعد العلم ولا
يجوز تصرف الماذون له قبله لان الاذن ماخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا
يتصور بدون العلم **قال** ومن اعلمه بالوكالة صح تصرفه اي اذا وكل رجلا
وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سوا اخبره بذلك
عدل او غير عدل صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه الزام وانما فيه
الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية
والاسلام وحاصله انه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التمييز **قال**
ولا يثبت عزله الا بعدل او مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع
والبكر والمسلم الذي لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد
او اثنين غير عدل الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رضي الله وقالا لا يشترط في المخبر
في هذه الاشيا الا التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان في هذه الاشيا الزاما من وجه فيشترط فيه احد
شطري الشهادة اما العدد او العدالة بيان الالزام ان الوكيل يلزمه العهدة
على تقدير ان يتصرف ولا يلزمه شي على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط
الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير طلبه لا يلزمه شي وكذا البكر على تقدير السكوت
يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق
وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه شي ففي كل موضع يلزمه من كل
وجه يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه من
كل وجه ~~لا يشترط~~ لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه
دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم في
دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام
بخبره لان المخبر له رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله صلى الله عليه وسلم الا فليبلغ
فيه ٤ الحديث وفي الرسول لا يشترط العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج
وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى
يبلغه بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع ~~بعد~~
بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهي العبد وهذا في العزل
القصدي واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل
وجنونه مطبقا **قال** ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرما واخذ المال

فضاع واستحق العبد لم يضمن اي ضاع ثمن العبد في يد البايع وهو القاضي او امينه لم
يضمن القاضي الثمن للمشتري لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي قايم مقام ولا امينه
الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول
هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن
وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن
لما ذكرنا قال ويرجع المشتري على الغرما لان البيع لهم فيكون عهدته عليهم واتبع
عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان
كان الوكيل عبدا او صبيا محجورا عليه لان العقد وقع له قال وان امر القاضي
الوصي ببيعه فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لان لعدم
الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا
اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه
ليكون قايما مقام الميت لا ليكون قايما مقام القاضي فصار كما لو اوصى اليه الميت
قال ويرجع على الغرما اي يرجع الوصي على الغرما لانه عامل لهم ومن عمل
لغيره ولحقه بسببه ضمان رجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال عامله
رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه ويرجع بما ضمن للموصي او للمشتري في المسئلة
الاولى وهو ما اذا كان البايع هو القاضي او امينه لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه
وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاول
اصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين
كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان
القاضي او امينه هو العاقد رجع عليه المشتري لما ذكرنا قال ولو قال قاض
عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله وسعك فعله قيد
هنا لكونه عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر وانما يسعه
فعله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول
واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال
فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولى في موضع الا قاض واحد في الاعصار
كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في كل مكان قاضيان يعلم بذلك ان قوله حجة
ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا تاخذ بقوله الا ان تعاين الحجة او يشهد
بذلك مع القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا لفساد اكثر قضاة اهل زماننا والتدارك
غير ممكن ولا نقول خبر الواحد رتبة الانبيا عليهم السلام وغيرهم غير معصومين

عن الكذب

عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي الى القاضي لضرورة احيا الحقوق ولان الجناية
في مثله قل ما يقع وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل
قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لانه لعدالته يؤمن من الميل بالرشوة
ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل يظن تدع
غير الدليل دليلا فان احسن بان يذكر شرايطه مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا
باقرار او بينة فياتي بشرايطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه
عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرايطه من نصاب الشهادة او التكرار
في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك الا ان يعاين
الحجة لاحتمال الخطا والخيانة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاكم فاسق
بنبا فتبينوا والمصنف رحمه الله اختار هذا القول واذا لم يصدقه فلا يمين
على القاضي لان اليمين تجب على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو امين ولو
صار خصما لما نفذ قضاؤه قال وان قال قاض عزل لرجل اخذت
منك الفا ودفعته الى زيد قضيت به لزيد عليك فقال الرجل اخذته ظلما
فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع يده
والماخوذ منه ماله مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه
فعله في حال قضايه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي
على سبيل القضا لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله ولا يجب على
القاضي في ذلك يمين لانه ثبت انه فعل ذلك في حال قضايه بتصادقهما ولا
يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر القاطع والاخذ بما اقر به القاضي لم
يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله
معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما
فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل كان القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة
معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون
كان معهودا منه وقال شمس الايمة السرخسي رحمه الله اذا زعم المدعي ان القاضي
فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف
الى اقرب اوقاته والمدعي لتاريخ سابق لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى
وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة
وهو لو فعل في هذه الحالة تجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة
منافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح

هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد رحمهما الله
ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد وقال المقر
له قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد اعتقه
اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت عبد فقال المعتق اخذتها بعد
العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت
قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا
وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه اخبر عما لا يملك الانشاء فيصير مدعيا
وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة
يدعي عليه التمليك ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الاصل بما اقر به القاضي
يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه
لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب ان
لا يضمنا ايضا كالقاضي قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى منها يقتضي وجوب
الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لكون اقرار كل
مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية
والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه
الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذار الضمان
بعد العزل فيترك لذلك ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي
والماخوذ منه صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه
يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول
المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسألة الغلة على ما بينا ومن نظائر هذه المسائل
ما لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا وكذا من المال وانكر
اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما انه اسند الى حالة منافية للضمان
واورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت
يدك وانت امتي وقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء
اخذه منها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده
الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ
مالها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له
وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا

الفرق

بلغ

الفرق غير مخلص والله اعلم بالصواب

كتاب الشهادات

قال هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة ولهذا
قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وسمي الاداء شهادة اطلاقا لاسم
السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي
ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه
مجلس القضاء ولفظة الشهادة وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة
على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم
وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يابى ان تكون
الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص
والاجماع قال ويلزم بطلب المدعي اي يلزم اداء الشهادة ولا يسع كتمانها
اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا
الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمان لكن
ل النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال
به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفرضية الانتهاء عن الكتمان نصا وكان الامر
به بلا كد ولهذا اسند الاثم الى الالة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد
الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقوله ابصرته بعيني اكد من قولهم ابصرته
واسناده الى اشرف الجوارح وهو القلب الذي اذا صلح صلح الجسد كله واذا فسد
فسد كله دليل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم
ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او
كانوا جماعة فادى غيره ممن يقبل شهادته فقبلت فلا يأثم وان ادى غيره ولم
تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن يقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع
الحقوق وهذا اذا كان الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا
يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى اهله في يومه ذلك قالوا
لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان
الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس له شيء للركوب فركبه
المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد
قال صلى الله عليه وسلم اكرموا الشهود وان كان يقدر وركبه المدعي من عنده قالوا

قالوا الافضل قال وسترها في الحدود احب لقوله صلى الله عليه وسلم للذي
شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على
انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر افضل لما روينا ولقوله عليه الصلاة
والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وفيما نقل من تلقين المقر
للدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل وان
شاء اظهر لان فيه حسبة ايضا لان فيه ازالة الفساد او تقليله فكان حسنا
ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا
الاية لان ظاهر الاية يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم الفاحشة لاجل انهم
امنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان مقصود الشاهد
ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاشهاد به بقوله
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فهذا حسن والاولى هو الستر وهو احسن لما بينا
ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد
بدليل قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي اذ الحدود
ليس لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه
ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس احد الحقين على الاخر قال
ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي
والستر في الحد افضل على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه
يحيى به حق المدعي ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذ لا
يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج
اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال
ويشترط للزنا اربع رجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة
شهداء ولقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء ولقوله صلى الله عليه وسلم ايت
باربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر دون المونث
وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه ولان الله تعالى يحب الستر على عباده
واوعد بالعذاب من احب الفاحشة على المومنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع
مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما
يتحقق واوجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان
كان زوجا كل ذلك توكيد معنى الستر ومنع من الاظهار ولا يقال ليس في هذه

اشاعتهم

النصوص

النصوص الا اثبات جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول
هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ~~ولكن لا يوجبه~~
~~ايضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم عند انتفاء المذكور~~
ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم
عند انتفائه لا يسعه الا بعد مرد دليل بنفسه اذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل
وقد وجد الدليل على انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم
الى يومنا هذا ان الشهود على الزنا اذا نقص عددهم من الاربعة يجب عليهم الحد
لكونهم قذفة الا يرى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة
بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب
الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص
في الفرع وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع وان لا يكون في الفرع نص
يمكن العمل به قال ولبقية الحدود والقصاص لان الزنا اعظم الجرائم
ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس عليه غيره لحديث الزهري مضت السنة من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال
فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لان
كل اثنين منهن قامتا مقام رجل فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كما لا يجوز فيها
كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل
الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة امرأتين مع رجل تقبل
مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
قالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التاويل لما
اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال
ايضا حتى شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند
الرجوع قال وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل
امرأة يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة واحدة لقوله صلى الله عليه وسلم
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف
بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وقال
حذيفة رضي الله عنه اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة
وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه ان يشهد اربعة من النسوة لان كل امرأتين
تقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن ابي ليلى رحمه الله يشترط فيه ان يشهد

انتفائه عندهم

٢ رجلان في

والخليفتين من بعده

اذا م

ثنتان من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيئان العدد والذكورة وتعذر
اعتبار احدهما لا ينفي الآخر وهو العدد على حاله والحجة عليهما ما روينا ولانه انما
سقط اشتراط صفة الذكورة لان نظر الاناث اخف من نظر الجنس اخف فكذا سقط اعتبار
العدد لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنان والاكثر لما فيه من معنى الالزام
ويشترط فيهن سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة
وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب فقد ذكرنا كل واحد منها في
موضعه من الطلاق والبيوع واما شهادتهن في الاستهلال لا تقبل في حق الارث
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مما يطلع عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه لانه
من امور الدين كشهادتهن في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان
الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال فصار
كشهادتهن على نفس الولادة وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد ايضا لانه
لما قبلت فيه شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال
تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا **قال** ولغيرها رجلان او رجل
وامرأتان اي لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين
او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق
والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن
وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال
وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي
ان عمر وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها
حجة اصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة
وهي الولاية وهي تبتنى على الحرية والارث ولوجود اهلية القبول وهي تبتنى
على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان
المعاينة والضبط والاداء الا انه لا يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل روايتها
في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه
كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم اخرى اليها
فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل دونه
الا ترى ان النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت
به واي شبهة اقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة
قال ولكل لفظة الشهادة والعدالة اي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي

اربع

٢٥٨

اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل حتى لو قال الشاهد
اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة باشتراط الشهادة فلا يقوم غيرها
مقامها لما فيها من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا
فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ اشد اذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الالفا
ظ بخلاف غيرها من الاموال حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يتأتى
بكل لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والامان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ
التكبير وغيره مما هو في معناه وكذا الامان يجوز باي لفظ كان لحصول المقصود
به ولان في الشهادة الزام الحاكم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى
جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة النساء
فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح
هو الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية
ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولان من
يباشر غير الكذب من المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب
وبالعدالة تترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر
الصادق ولا يكون حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة
اذ الفاسق اهل للولاية القضاء والسلطنة فيكون اهلا للشهادة الا ان فسقه
اوجب التوقف في خبره لتهمة قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا امر بالتبين
والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به
وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته
لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر احد على استئجاره لاداء
الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول اصح لما
ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراما له قال صلى الله عليه وسلم اكرموا الشهود
فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت
الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول
شهادته حتما على وجه لا بد منه **قال** ويسأل عن الشهود سرا وعلنا في سائر
الحقوق وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رضي الله عنه يقتصر
على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه
سأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية

وإن لم يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا المحدود في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس تشهد له ولأن الظاهر هو الانزجار لأن عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفي بالظاهر لعدم المنازع وإن كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده إذا لم يكن له منازع وهذا لأنه لا يمكنه الوصول إلى القطع لخفائها ولو زكي فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لأن أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده في الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا حاجة إلى اشتراط السؤال إلا إذا طعن الخصم فيه لأنه لا يطعنه كاذبا ظاهرا فيقابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لأنها يحتال لإسقاطهما فيستقصى فيها ابتداء من غير طعن خصم رجاء أن يسقط ولهما أن القضاء يبتنى على الحجة ولا حجة إلا شهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال كانت ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان وإسناد الحكم إلى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لأن أبا حنيفة رضي الله عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله صلى الله عليه وسلم خير القرون قرني الذي أنا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد والآية التي تلونا والحديث الذي روينا يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فأفتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لأن الفساد في هذا العصر أكثر ثم التعديل في السر أن يبعث المستورة وهي الرقعة إلى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومجلسه وسوقه إن كان سوقيا فيسأل عنه جيرانه وأصدقاءه فإذا عرفهم من عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي أنه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق سكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا تظهر فيؤذى ولا بد في التعديل في العلانية من أن يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره عند القاضي احتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول لأن التزكية كانت لأهل الخير

ولم يعتد

ولم يعتد عليهم أهل الشر ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد والمحدود في قذف إذا تاب يكون عدلا والأصح أنه يكتفى بقوله هو عدل لأن من نشأ في دار الإسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والإسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد وإسلامه ما لم ينازعه الخصم وما ذكره في الجامع أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق فإن أبا الحسن ذكر في مختصره أن الناس أحرار إلا في أربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع إذا قال المدعى عليه إن الشاهد عبد أو قال القاذف المقذوف عبد أو قال الشاج المشجوج عبد أو قالت العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى تقيم البينة أنه حر وفي نظير العدالة عند أبي حنيفة رضي الله عنه فإن القاضي يحكم بظاهر العدالة بكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فإذا طعن يسأل على ما بينا **قال** وتعديل الخصم لا يصح هكذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه يعني تعديل المدعى عليه لا يصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لأنه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فإنه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى وإنما لا يصح تعديله لأن من زعم المدعي وشهوده أن المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن تزكيته تجوز إذا كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر إليه لأنه لا يجوز تعديل الواحد وأبو يوسف رحمه الله يجوزه على ما يجيء من قريب والمراد فيما إذا قال هم عدول لكنهم أخطأوا أو نسوا أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لإقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لأنه يتصور مع كونهم عدولا أن يتوهم منهم النسيان والخطأ ولا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا **قال** والواحد يكفي للتزكية لأن التزكية من أمور الدين فلا يشترط فيه إلا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والأعمى والمحدود في قذف إذا تاب لأنه خبر وهو مقبول في الأمور الدينية ألا يرى أن روايتهم في الأخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة

الشهود هم

من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي
غيره من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحقوق يجوز رجلان او رجل
وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها على مراتب الشهادة
لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضا تبتنى على ظهور العدالة وهو
بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في معنى الشهادة
وانما هو في معنى الاخبار فلهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز
تزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية احد الزوجين الاخر وتزكية الوالد الولد
وبالعكس واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس
لان رجحان الصدق في حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار
حتى لو انها لا ترجيح بكثرة الرواة ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط
العدد في الشهادة ولكن ترك ذلك للنص فيقتصر ما وراها على الاصل وفي المحيط
اجاز تزكية الصبي وقالوا لو اشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد
بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود
كل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والاحوط في
الكل اثنان وينبغي للقاضي ان يختار في المسألة عن الشهود من هو اخبر باحوال
الناس واكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون
جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه
من يثق به يسال اهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار
وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر واما تزكية العلانية فيشترط فيها
جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة
بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر فانه يختص بمجلس القاضي **قال** وله ان
يشهد بما سمع او رآه في مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان
لم يشهد اي يجوز له ان يشهد في كل ما يثبت بنفسه اذا عاين السبب كالبيع الى اخر
ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعي اليه لما تلونا وروينا وهذا لانه
علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط وهو قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
ولقوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد
بانه باع واقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة كما عاين وهذا اذا كان
البيع بالعقد ظاهر وان كان بالتعاطي فكذلك لان حقيقة البيع هو مبادلة
المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهد على البيع بل يشهد على الاخذ والعطا

بيان ان يكون الشهود ذكورا في الزنا والحدود والقصاص

بيان ان يكون الاحوط في رسول القاضي ومترجم ان يكون اثنان

لانه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي ولا يقول اشهدني لانه ما اشهده لكونه كاذبا وكذا
في الاقرار يقول اشهد ان فلانا اقر بكذا لفلان ولا يقول اشهدني لما ذكرنا ولو
سمع ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة
تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم الشاهد انه
ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه
لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة
وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير الا ترى ان الشهادة
بالتسامع يجوز في اشيا ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امراة من وراء
الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار **قال**
ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه لان الشهادة ليست حجة بنفسها ولا
تصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضا ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره
ان يجعل كلامه حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته الا بالتحميل وكذا
اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لانه لا يسع السامع ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله
وانما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم يوكله
لان الموكل لم يرض برايه **قال** ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو بالخط ان لم
يتذكروا اي لا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي
اذا وجد في ديوانه مكتوب شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية
قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا
بخطه او بخط غيره وهو معروف انه قرا على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة
او القضية او الرواية وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفة رضي الله عنه ووجهه قوله
تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس
فاشهد شرط ان يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه
الخط فلا يلزم حجة لاحتمال انه مزور وهذا لان فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه
فاذا لم يفد التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد
منهم ان يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال
ابو يوسف رحمه الله يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضي ان يحكم
بالشهادة وان يمضي القضا بذلك وليس للشاهد ان يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر
الشهادة لان القاضي لكثرة اشغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة
فلو لم يكتف بما يجده في قمطره لتعطل احوال الناس ولان يحمله في قمطره وهو في يده

حيث

تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكتابة الرواة تكون في أيديهم فيؤمن من التزوير
أيضا بخلاف كتابة الشهادة لأن الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من التبديل ولو
نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بأنه قضى بكذا فعلى الخلاف
المذكور وقيل عند أبي يوسف رحمه الله لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو أخبره قوم ممن يثق
بهم أنه كان من شهدا لا يسعه أن يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي
الأصل فسمعه ممن روى عنه فعند أبي يوسف رحمه الله لا يعتمده ولا يجوز له أن يعمل
به وعند محمد رحمه الله له أن يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة
لا يسعه أن يشهد قال ولا يشهد بما لم يعاينه إلا في الموت والنكاح والدخول النسب
وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به والقياس
أن لا يجوز لأن الشهادة لا تجوز إلا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم إلا بالمشاهدة
والعيان أو بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والإجارة بل أولى لأن حكم المال
أخف من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتسامع والحكم يجب بما يجب به
الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا يقبله وجه الاستحسان أن هذه الأمور يختص بمعاينة
أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الأعصار
فلو لم يقبل فيها بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام ولأن الأسباب
يقترن بها ما تشتهر به فإن النسب يشتهر بالتهنئة ونسبة كل واحد إلى الآخر عند
المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار
والنكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق أحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة
وثبوت الإحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم إليه وازدحامهم
عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة
والإجارة وأمثالها لأنها لا يختص بمشاهدة أسبابها الخواص من الناس بل يحضره
الخاص والعام وبه جرت العادة ولأن الناس قاطبة مجمعون على أنهم يشهدون
بهذه الأشياء بالشهرة ألا ترى أنا نشهد أن عليا تزوج فاطمة رضي الله عنها ودخل
بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب رضي الله عنه تزوج بنت علي رضي الله عنه ولو تعلقت
حقيقة علم السبب أدى إلى عدم الشهادة بها أصلا لأن سبب النسب العلوق
ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره إلا الوزير وأمثاله وكذا الدخول
لا يعرفه إلا الزوجان فاكتفي في الكل بالدليل الظاهر ثم إنما يجوز له أن يشهد
بهذه بالتواتر أو بإخبار من يثق به وإذا رأى امرأة يدخل عليها رجل وينبسط
انبساط الأزواج وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وإن لم يعاين عقد

النكاح

النكاح وكذا إذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد أنه
قاض قال وفي الإخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول
ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة
لأنه قد يتحقق في موضع ليس فيه إلا واحد بخلاف غيره لأن الغالب فيها أن يكون
من الجماعة ويشترط في الإخبار لفظة الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط
لأنه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظة الشهادة ولو لم يحضر الموت إلا
شخص واحد وأراد أن يشهد بموته عند الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان
بذلك عند الحاكم وهو من أعجب المسائل ولو شهدا أنه حضر دفنه فهو معاينة
وقوله وأصل الوقف يحترز به من شرائطه لأن أصله هو الذي يشتهر دون
شرائطه فلا يقبل قوله فيها بالتسامع وذكر المرغيناني أنه لا بد من بيان الجهة
بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو الفقراء وما أشبه ذلك حتى لو لم يذكروا
في شهادتهم الجهة لا يقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه الأشياء ينفي اعتبار
التسامع في الولاء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز لأنه بمنزلة النسب لقوله
صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ولأن الحكم المتعلق بالولاء يبقى
بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الأحكام ووجه
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من
المعاينة فكذا ما ينبني عليه وذكر شمس الأئمة السرخسي أن الشهادة بالعتق لا تقبل
بالإجماع وذكر الحلواني أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغي أن لا يفسر أنه يشهد
بالتسامع فلو فسر لا يقبله كمعاينة شيء في يد إنسان يطلق له الشهادة وإذا فسر
لا يقبل قال ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له لأن اليد بلا
منازع أقصى ما يستدل به على الملك إذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد
سوى اليد بلا منازع لأن غايته ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء وغيره
وذلك راجع إلى اليد لأن المملك يثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح
التمليك منه من المشتري فثبت بهذا أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان يعتمد
الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه الشهادة
باليد يؤدي إلى سد بابها إذ لا دليل للشاهد سوى اليد وبابها مفتوح وهي
مشروعة فما يؤدي إلى انسدادها فهو المنتفي وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط
مع ذلك أن يقع في قلبه أنه ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن لأن الشهادة بلا علم لا تجوز
لما تلونا ورويناه ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل وليس

في يد من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد له ولو احتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق
محمد رحمه الله بقوله وسعك ان يشهد انه له وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك
اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية
واجارة ورهن فلا يمتاز الا بالتصرف قلنا التصرف ايضا متنوع الى وكالة واصالة
وشرط المشايخ التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاطلاع
والسفر لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو
اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقته وان رآه يشتريه لاحتمال ان البايع لا
يملكه فيكتفي بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها
وكينونتها في يد غيره عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي له القاضي باليد فصار تلك
ثم المسئلة على اربعة اقسام احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف المالك
باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة احد ثم
رآه في يد غيره يجوز له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده والثاني
الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو
لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي ينسب اليه الملك وادعاه ان المحدود ملكه
على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك
معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسع مثل هذا لضاع حقوق الناس
لان فيهم المحجوب ولا يبرز اصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات
الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك به
وهو لا يمتنع اثباته قصدا والثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس
انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك
الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد لها بالملك والرابع ان يعاين المالك دون
الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك
الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لو لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة
على ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه لا يجوز له ان يشهد في الرقيق اذا رآه
في يد غيره لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله فلا يثبت
لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر فيه
التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر ايضا يستخدم طائعا كالعبد
فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز له ان يشهد
في الرقيق ايضا وفي الهداية انه يحل عن ابي حنيفة رضي الله عنه ووجهه ان اليد دليل الملك

مطلقا

مطلقا الا ترى ان من ادعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول لذي
اليد لان الظاهر شاهد له بالملك وهو فيما مر عليه هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر
عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه او كان معروفا بالرق جاز له
الشهادة بالملك اذا رآه في يده لان الرقيق او الصغير الذي لا يعبر عن نفسه يكون
في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال قال وان فسر للقاضي
انه يشهد له بالتسامع او بمعاينة اليد لا يقبل اي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع
في موضع يجوز بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز
له الشهادة برؤيته في يده لان التسامع او الرؤية في اليد مجوز للشاهد للشاهد
بالملك والقاضي يلزمه القضا بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة
او اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت عن تسامع او رؤية في يد
فلا يزيده علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو
تواتر عنده ولا برؤيته نفسه في يد انسان فاولى ان لا يجوز بسماع غيره او برؤيته عنه
وهذا لان القضا يجب بما يجب به الشهادة وفيما لا يجب لا يجب فكذا ينبغي ان لا يجوز
الشهادة فيما لا يجوز القضا به الا انا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة
التي ذكرناها وبقي القضا على اصل القياس قال وان شهد انه حضر دفن فلان
او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل لانه لم يشهد الا بما علم فوجب
قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا الا بما علمنا

عدم جواز حكم القاضي بسماع نفسه ورؤيته

باب من لا تقبل شهادته ومن تقبل

قال رحمه الله ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع
وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه
وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالتحمل
وهو العلم والادا يختص بالقول ولسانه صحيح فصح والتعريف يحصل بالنسبة كما
في الشهادة على الميت وفيما نحن ذلك ولا خلل في حفظه ولم يفت في حقه الا الاشارة
وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك
تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا ان الادا يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق
بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما شاركه
غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس
الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف

باب التلقين

وطئ امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لأنه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة أيضاً لأنه
يحتاج إلى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولأنه يقبل فيه خبر الواحد فيجتهد على خبر المرأة
وكذا إذا عمي بعد الأداء قبل الحكم بها لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لتصير
حجة فصار كما إذا خرس أو جن أو فسق أو ارتد والعياذ بالله بخلاف ما إذا
ماتوا أو غابوا لأن الأهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها **قال**
والمملوك والصبي لأن الشهادة من باب الولاية لما فيه من إلزام الغير وليس
معنى الولاية سوى هذا والأصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على أنفسهما
فأولى أن لا يكون لهما الولاية على الغير **قال** إلا أن يتحملا في الرق والصغر
وأديا بعد الحرية والبلوغ لأنهما أهل للتحمل لأن التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى
إلى وقت الأداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الأداء هما أهل للشهادة
قال والمحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً
وأولئك هم الفاسقون وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى
إلا الذين تابوا والاستثناء إذا تعقب جملة بعضها معطوفة على بعض ينصرف إلى
الكل كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدار
فهو منصرف إلى الجميع كما تقدم ولأن هذا افتراء على عبد من عباد الله والافتراء
على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد بل إذا أسلم تقبل شهادته
فهذا أولى ولأنه لو تاب قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن يكون إقامة
الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لأنه فعل الغير به وهو مطهر أيضاً فلا يصلح
مناطاً لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا ووجهه أن الله تعالى رد
شهادته على التأبيد فمن قال هو مؤقت إلى وجود التوبة يكون راداً لما اقتضاه
النص فيكون مردوداً والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لأن القياس
المخالف للنص لا يصح ولأن رد الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد
فكذا هذا فصار من تمام الحد إذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالأمر والنهي لا
يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته ولا نسلم أن
الجملة الأخيرة معطوفة على ما قبلها لأن ما قبلها حدود ولهذا أمر الأئمة به
وقوله وأولئك هم الفاسقون ليس بحد لأنه هو إخبار عن وصف قائم بالذات
فلا يصلح حداً لأن الحد فعل الأئمة لا وصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء
إلى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا أن الواو في قوله تعالى
وأولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعاً عن الأول فينصرف

الاستثنا

يصلحان جزاء لأن كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة صح

الاستثناء إلى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم ألا ترى أنه لا يصلح
جزاء لجريمته والجلد ورد الشهادة قطعاً للآلة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد
حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فإذا لم يكن الواو
للعطف لا ينصرف الاستثناء إلى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لأن الواو فيه للعطف الى م
ألا ترى أن كلها جمل أنشئ بها فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد المغير في الأخير
يغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع
نص يمكن العمل به وهنا نص على التأبيد فكيف يمكن القياس عليه ولا جائز أن يكون رد
شهادته لفسقه لأن الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى إن جاءكم
فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولأنه لو كان الرد لأجل فسقه للزم عطف العلة على
حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا أن رد الشهادة لأجل أنه حد لا للفسق ولهذا لو
أقام أربعة بعد ما حد على أنه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لأنه بعد
إقامة البينة لا يحد فلذا لا ترد شهادته **قال** إلا أن يحد الكافر في قذف
ثم أسلم فإنه تقبل شهادته بعد الإسلام لأن هذه شهادة استفادها بعد الحد
بالإسلام فلم يلحقها رد لأن التي ردت غير هذه ألا ترى أن المردودة لا تقبل
على المسلم وهذه تقبل فترد الأولى لا تتأبد الثانية بخلاف العبد إذا حد ثم
أعتق حيث لم تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد
إلا بعد الإعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير إقامة البينة على المقذوف
أنه زنى على ما مر وهذا لأن الرد من تتمة الحد ففي الكافر تم في حال كفره وفي
العبد لم يتم إلا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطاً فأسلم ثم ضرب
الباقي بعد الإسلام تقبل شهادته لأن رد الشهادة من تمام الحد والموجود
بعد الإسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن أبي حنيفة
رضي الله عنه أنه إذا ضرب السوط الآخر بعد الإسلام لا تقبل شهادته لأن الحكم
إذا تعلق بعلة ذات أجزاء تعلق الحكم بالجزء الآخر لما عرف في موضعه وعنه إذا
ذلك صح ضرب الأكثر بعد الإسلام لا تقبل شهادته وإن كان دون ذلك تقبل لأن للأكثر
حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لأن إقامة الحد
مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون حداً بل يكون تعزيراً وهو لا
اذا صح يسقط الشهادة وروي عنه أنها تسقط إذا أقيم عليه الأكثر وروي عنه أنه إذا ضرب
سوطاً سقطت شهادته وهي نظير مسألة إسلام الذمي في حال الحد على ما بينا
قال والولد لأبويه وجديه وعكسه وأحد الزوجين للآخر والسيد لعبده

ومكاتبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده
ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا
الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز اداء بعضهم
الزكاة الى بعض فيكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا فرق بين ان يكون
على العبد دين او لم يكن لان له حقا في ماله كيف ما كان والمراد بالاجير
في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه
وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت والقانع من القنوع
السؤال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والقانع لانه بمنزلة السائل
يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد به الاجير
مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر على منافعه فاذا شهد له في مدة الاجارة
يكون كانه شهد له باجر ومالك رحمه الله خالفنا في براءة الولاد وهو يعتبرها
بالشهادة عليه والشافعي رحمه الله خالفنا في الزوجين فيقول لا قرابة بينهما
والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار
فصارت نظير الاخوة ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر
بالمنفعة الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا من
الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد احدهما
غنيا بغنا صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال
خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد اولى وروي ان الحسن بن علي رضي
الله عنه شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ائت بشاهد اخر
فقال مكان الحسن او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن قال اما سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال
سمعت لكن ائت بشاهد اخر القصة الى اخرها وفيها انه استحسنه وزاده في
الرزقة ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من
وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال والشريك لشريكه فيما
هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا
لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبوله فاذا بطل في نصيبه بطل في
نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزى ولو شهد له بما ليس من
شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان
ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص

والنكاح لان

والنكاح لان ما عدا هذا مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم
والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما
مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليس بشرط قال
ومخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده
اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي من
الافعال وتليين كلامه عمدا كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله صلى الله عليه
وسلم لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء واما اذا كان في كلامه
لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشي من الافعال الردية فهو عدل مقبول
الشهادة قال والمغنية لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين
المغنية والنائحة اطلقه في حق المراة ولم يقيده بكونها تغني للناس وقيد به
في حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجل على ما نبين قالوا
المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظور لاجل
الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا يسقط عدالتها
قال والعدو ان كانت عداوته دنيوية لان المعاداة لاجل الدنيا حرام
فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه واما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته
لانها من التدين فتدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة
بان راى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك هذا المعنى ان المسلمين
مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو
كانت مانعة لما قبلت قال ومدمن الشرب على اللهو اي مداوم شرب
الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي الكافي قال انما شرط الادمان ليكون ذلك
ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان
شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه او يخرج سكران فيلعب به
الصبيان فانه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق
الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر
وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر القاضي خان في فتاواه
لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر في الكافي
وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة لا يجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان
ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن
نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز شهادة مدمن السكر واراد به السكر

سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على
السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فلا يشترط الادمان على الشرب وكذا لو كان
يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه يتشبه بهم ولم
يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور قال ومن
يلعب بالطنبور لانه من اللهو ويقال بالطنبور وهو ايضا مثله ويورث الغفلة ايضا
وقال صلى الله عليه وسلم ما انا من دد ولا الدد مني ولان الغالب فيه ان
يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى عورات النسا وهو فسق ولو كان يمسك
الحمام في بيته ليستانس به لا ليطير فلا باس به ولا يسقط عدالته بمثله لان امساك
الحمام في البيوت مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروجا للحمامات من غير نكير
الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكل ويبيع منه
لانه ملك الغير فلا يحل له ذلك ويسقط عدالته بذلك قال او يغني للناس
لانه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة ما المجازفة والكذب
وقيد بكونه يغني للناس اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة
عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس به ولا يسقط عدالته في الصحيح لما روي ان
البرا بن مالك رضي الله عنه دخل عليه اخوه انس بن مالك رضي الله عنه وهو
يغني والبرا بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم وان انشد شعرا فيه
وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة
او كان فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس به وان كانت معينة وهي حية يكره
ومن المشايخ من اجاز الغنا في العرس الا ترى انه لا باس بضرب الدف فيه
اعلانا للنكاح وقد قال صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا
من قال اذا كان يغني ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به
ومن المشايخ من كره مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من الاقوال
رحمه الله تعالى قال او يرتكب ما يوجب الحد لانه من الكبائر ومن يرتكبها
لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال اهل
الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله
والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا
وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم
ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قيل فهو
كبيرة وقيل كل ما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر الله عنه فهو صغيرة لقوله

صلى الله عليه وسلم لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم
كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة
اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته
فهو الى ما دونه كبيرة والى ما فوقه فهي صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها   اذا نسبته
في القران او في الحديث المشهور يمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود
عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلا على ارتكابه الكذب لان
من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون
شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة والا فصغيرة
وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة قال او يدخل الحمام من غير ازار
لان كشف العورة حرام وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الناظر والمنظور
وراى ابو حنيفة رضي الله عنه رجلا في الحمام بغير ازار فقال الا ان الانسان
خافوا الحكم ولا تدخلوا الحمام من غير ازار وذكر الكرخي رحمه الله ان من
يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروة   عليه
قال او ياكل الربا لانه من الكبائر وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به
وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف اكل
مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل
في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط الادمان قال او يقامر بالنرد
والشطرنج او يفوته الصلاة بسببهما لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر
عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك من الكبائر وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد
اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال
صلى الله عليه وسلم ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا
بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه
احد المعاني الثلاثة التي ذكرناها انفا قال او يبول او ياكل على الطريق
او يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلما كابي حنيفة
واصحابه لان هذه الاشيا تدل على قصور عقله وقلة مروته ومن لم يمتنع عن مثلها
لا يمتنع عن الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهادة من   في السوق
ياكل بين ايدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف
لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انه تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة
ولا تقبل شهادة من يكثر شتم اهله ولا من يشتم الناس قال وتقبل لاخيه

وعمه وابويه رضاعا وام امراته وبنتها وزوج بنته وامراة ابيه وابنه لان الاملاك
بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال بعض فلا تتحقق التهمة بخلاف
شهادته لقرابته ولادا او احد الزوجين للاخر على ما بيناه قال واهل الاهوا
الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة اهل الاهوا لانهم فسقة اذ
الفسق من حيث الاعتقاد اغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان
الفاسق انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك
بل انما اوقعه فيه التدين الا ترى ان منهم من يكفر بالذنب ومنهم من يجعله منزلة
بين الايمان والكفر فيكون هذا اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج
من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على
غير صاحب الهوى وهواه عن تاويل وتدين فلا يبطل عدالته كمن يستبيح المثلث
او متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله على قبول شهادته فقال ان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معوية على مخالفة علي رضي الله عنه ولو
شهدوا بين يدي علي لكان ترد شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان بدعة وهو اوكيف
الخروج عليه بالسيف ولما كان عنده تاويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط
في الذخيرة لقبول شهادته ان لا يكون هوا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان
اصول اهل الهوا ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل
ثم كل واحد يصير اثني عشر فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب
محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا للمدعي اذا حلف عندهم انه محق
ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت شبهة في شهادتهم فلعله
اقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا
على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته وذكر الاقطع انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب
رجل كان بالكوفة قتله موسى بن علي وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان علي بن ابي طالب
الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر قال والذمي على مثله وقال
الشافعي ومالك رحمهما الله لا تقبل شهادة الذمي على ذمي مثله ولا على الحربي لانهم
فسقة بنص الله تعالى فسقهم في ايات من القران وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان
اولى برد شهادته ولان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهدا والكافر غير مرضي
ولان شهادة الرقيق ترد لما ان الرق اثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة
الكفر ولان قبول شهادته تودي الى الزام الحاكم القضا بشهادته ولا يلزم المسلم بجوازه
شهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته بالاجماع على المسلم كي لا يلزمه شي يتضرر به

شهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون
الايات عنادا مع علمهم بانه حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم
ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها
كالمرتد ولانه ليس باهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من
كان اهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلى رحمه الله ان اتفقت
مللهم تقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت لا تقبل لقوله صلى الله عليه
وسلم لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على اهل الملل كلهم
ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم انه رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما
بالزنا وعن ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه صلى الله عليه وسلم اجاز
شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف وقوله تعالى او اخران
من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا ايها الذين امنوا شهادة
فهذا نص على ان شهادة الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر اولى
ثم انتساخه في حق المسلم لاجل ان لا يتهم على المسلمين انتسخت لا يدل على
انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم اوليا بعض والمراد به الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله
ما لكم من ولايتهم من شي فاذا ثبتت ولاية بعضهم على بعض ثبتت الشهادة
ايضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام الغير فدل ذلك على ان الاية غير منسوخة
في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين ايضا فان
ابا موسى الاشعري رضي الله عنه امضى شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما
رواه ابو داود والدارقطني وقالت عائشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرا
سورة المائدة قال نعم قالت فانها اخر سورة نزلت فما وجدتم فيها من حلال
فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه احمد فهذا يدلك على انها ليست
منسوخة في حق المسلم ايضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع
عن محظور دينه اشد الامتناع والكذب محظور في الاديان كلها والذي يدل
في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك
فقال ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار يؤده اليك لخرجت الاية مخرج الوصف
لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره ولما كان
مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة لانها من اداء الامانة والفرق
بينه وبين العبد ان العبد ليس من اهل الولاية على احد كالصبي والشهادة من

باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه فيكون اهلاً للشهادة ايضا على جنسه حقاء
والقاضي لم يلزمه القضا بقول الكافر وانما لزمه بالتقليد عند قيام الحجة
والقضا امانة عنده فيجب عليه اداوه كما يلزمه النظر للغيب والصغار منهم
ومن المسلمين من غيران يشطر باى سبب وجب لهم الحق والامتناع عن الكذب
مشاهد والعناد والجحود الذى حكى الله تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان
مع علمهم لا يوجب ان يكون من في عصرنا منهم ان يكون عالما بالحق بل الظاهر
انه يعتقد الكفر لجهله به ولو علم لا سلم وقد كان في ذلك الزمان ايضا من لا يعلم
الا ترى الى قوله تعالى ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وقال تعالى
وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان اهلا للشهادة لا يختلف
بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا
ومثل هذا غير منكر شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره
تقبل وكذا شهادته لقرابته ولا دا لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة
بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته
على احد كالعبد والصبي وملل الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على
بعض وان اختلفت مللهم لان بعضهم ليس في قهر بعض فلا يؤدي الى التقول عليه
قال والحربي على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي وللذمي ولاية على
الحربي والذمي اعلا حالا منه لانه من اهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا يجوز
شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فيجوز شهادة احدهما على الاخر الا
اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان
والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل
واحد منهما دم الاخر وماله **قال** ومن الم بصغيرة ان اجتنب الكبائر
اي تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط ان يجتنب الكبائر واللمم الصغيرة
والمراد اذا اذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت
حسناته اغلب من سياته وقد مضى ذكر الصغائر والكبائر فبقي الكلام في العدالة
والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل
للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هوا يضله ويصده
عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حد يدرك مداه ويكفي لقبول الشهادة
بادناه كيلا يؤدي الى تضييع الحقوق وادناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوا
والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته

الفاسق

وصار متهما بالكذب لظهور رجحان الهوا على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل
عن ابي يوسف رحمه الله ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون
مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطايه لان
الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا والسهو د
فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والا لما من غير اصرار لا يقدح في العدالة له
اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبيا عليهم السلام فيؤدي اشتراط العصمة
الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا
شهدا على الناس اي عدولا وقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على
بعض الا محدودا في قذف **قال** والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد
بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك
وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف
بالدين وعن ابن عباس رضي الله عنه انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه
استخفافا بالسنة ولم يقدر ابو حنيفة رحمه الله للختان وقتا معلوما لانه لم يرد
فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير
السماع وليس للراي فيه مدخل وقدره المتاخرون واختلفوا في وقته فقال
بعضهم وقته من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته
او بعد السابع بعد ان يكون الصبي محتملا ولا يهلك به لما روي ان الحسن والحسين
رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة
للرجال عندنا دون النسا وقال بعض العلما انه فرض ولنا قوله صلى الله عليه سنة وللنساء
وسلم الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة قال الحلواني رحمه الله كان النسا يختتن في
زمان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة لانهن يكون الذ لهن
عند المواقعة **قال** والخصي وولد الزنا والخنثى لتحقق العدالة منهم
لان قطع العضو او زيادته او جنايته لا يوجب قدحا في العدالة وقبل
عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل او امراة فشهادة الجنسين
مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امراة
في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم ينضم اليه امراة الشيء
ولا مع امراة ما لم ينضم اليه رجل **قال** والعمال والمراد به عمال السلاطين الذين
ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ
وقيل هم الامرا وقيل الذين يعملون بايديهم ويوجرون انفسهم وابا ما كانوا سل

شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
بل كبراؤهم كانوا عمالا لان العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا اعوانا
على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه
يقبل كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لا يتجاسر احد على استئجاره
على الشهادة الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة وروي ان
فضل بن الربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته
فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور
فلم رددت شهادته فقال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان
صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي
بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي ايضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي
هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة
العمال لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للبزدوي ان
من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان ماجورا وان كان
اصله من جهة باطلة ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو
كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم
وبائع الكفن لو لا تقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي
النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه اراد به من بخل بالواجبات كالزكاة
ونفقة الزوجات والاقارب **قال** والمعتق للمعتق اي تقبل شهادة المعتق
للذي اعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسن شهدا لعلي عند
شريح رضي الله عنهم فقبل شهادة قنبر وكان عتيق علي كرم الله وجهه **قال**
ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لا كما لو شهدا ان
اباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او انكر يعني اذا مات رجل وترك
ابنين فادعيا ان اباهما اوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما
وان انكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما ان اباهما الغائب
قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس
ان لا تجوز الوصية ايضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى لهما او لهما او الغريمان
لهما عليه دين او عليهما له دين انه اوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا
والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد فانه من يحفظ ما له او من
يستوفي منه اي يستوفي الغريم الشاهد من المشهود له فانه او من يبرأ ذمته بالتسليم

اليد او من

اليه او من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل قياسا ونظيره
مسئلة الوكالة ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان
الوصي طالبا وكان الموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين وزكاه
شهادتهما اذ لولا شهادتهما كان ثابتا مثل ممن يعين وممن يصلح فيعين من ثبت صلا
نظرا للميت وان لم يوص لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن له
قبله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيئا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز
استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا كان للميت
وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا اقر الوصيان
ان معهما ثالثا كان له ان يضم اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما
ان معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد
على القبول للوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي
نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل لمعنى التهمة
وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما اذا اقام
شخصان البينة ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض حقوقه حيث لا تقبل وان
اقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما
وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل
شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض
للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القبول
ان يأمر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه + لا ان يبرأ عن الدين بهذا الاداء الا ان استوفى
الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا يقبل في حقهما **قال**
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع
او من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه
بالتوبة ولعله في مجلسه او قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر واشاعة
الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جائز على ما نبين ولا يقال فيه
ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم انصر اخاك
ظالما او مظلوما لانا نقول لا ضرورة في هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار الى القاضي
سرا حتى يرد شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد
بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما زنوا او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه
اثبات حق العبد كقولهما اخذوا المال او قتلوا النفس عمدا فيقبل شهادتهما ضرورة

حيثه

اي على جرح ؟

قد تاب ؟

الى ؟

احيا الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصوده ايجاب حق الله تعالى وهو الحد او
ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال
صالحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا علي به
واقام المدعي بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال اعطاهم المدعي
من مالي الذي كان عندي حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل لان دعواه
صحيحة لما فيه من ايجاب المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال
صالحتهم بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي ولم ادفع اليهم المال او قال استأجرهم
المدعي بكذا من المال على ان يشهدوا لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعى مجرد
جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه
يدعيها لغيره وليس له ولاية الالزام لغيره على غيره فكان جرحا مجردا ولو اقام
البينة على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بانه لا حق له في المدعى اذا اقام ح
وكذا البينة على اقراره انه استأجر الشهود او على اقرار الشهود انهم لم يحضروا ذلك
المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا اقام البينة ان الشهود عبيد او محدودون
في قذف لان في العبد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة
الفاحشة من عندهم وانما حكوا اظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام
البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم اجراء في اداء هذه
الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم لا شهادة
لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة وفيه انه اذا اقام البينة ان الشهود
زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر
او سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم فيدعي بكونه غير متقادم لانه لو
كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق لان الشهادة بحد متقادم مردودة وما
ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تاويله اذا اقامها على
اقرار المدعي بذلك او على التزكية وعلى هذا ما ذكره في الكافي من ان الشهود اذا شهدوا
ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا
تقبل محمل الاول انه كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا الى اخره اذا ام
قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت اي اخطأت بذكر زيادة كانت باطلة بعض شهاد في تقبل لو عدلا وتقول له اوهمت ح
او نسيان بعض ما كان يجب علي ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي
فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعد ما قام
عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضى بجميع ما

شهد به اولا حتى لو شهد بالف درهم ثم قال غلطت في خمسمائة يقضى بالف لان المشهود
به اولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضى بما بقي لان ما القاضي
حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة على ما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا باس كان
باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى عليه او يترك
الاشارة الى احد الخصمين وما يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا
مامونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان قوله يقبل في غير المجلس في الكل
والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة
او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا تفاوت بين ان يكون قبل القضاء او
بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وبشر عن ابي يوسف رحمه الله وعلى هذا
لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار او في بعض النسب ثم تذكر ذلك يقبل
لانه قد يبتلى به في مجلس القضاء فتذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه الله الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى
في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين
الخصوم وفصله يفتقر الى سبق احد الشيئين بعد الدعوى اما الشهادة او اليمين
وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة
ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضاء بها وهذا لان الشهادة لا تخلو ان تصدق
الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم
الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها
ليس بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل واحد خصما عدم تقديم الدعوى على الشهادة في حق الله تعالى
في اثباته فصار كان الدعوى موجودة ولانه تعالى لما امر باقامتها كان طالبا لها
فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبهم بالدعوى اذ لا يعرف القاضي
حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال ادعى دارا ارثا او شراء فشهدا
بملك مطلق لغت اي لا تقبل بينته لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا
حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الاصل
حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على
بعض فيه فصار غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما ولا القديم

حادثا فلا تقبل الشهادة **قال** وبعكسه اي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا
مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا يكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا باقل مما
ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة **قال** ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى
لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة
مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على
افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد
بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لعدم الموافقة لفظا وعندهما تقضى باربعة وكذا ان شهد احدهما بالف
والاخر بالفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان او الثلث ولهما انهما اتفقا
على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد
به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا
بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى
فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف والخمسمائة
بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا تثبت الحق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اختلاف
اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ
الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على
كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود
فيه اذا ثبتت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى
انه لو شهد احدهما انه قال لامراته اختليه وشهد الاخر انه قال بريه لا تقع شي
وان اتفقا اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حيث لا يشترط اتفاقهما في اللفظ
الا ترى ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا على اقرار المدعى عليه بذلك تقبل
ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر باقراره به لا تقبل وبخلاف الالف وخمسمائة
لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف
والمعطوف غير المعطوف عليه فثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين
اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حتى كان

كما قال الا اني استوفيت الزايد او ابراته عنه فحينئذ يقبل في الاول لظهور التوفيق
وفي الثانية ان كان المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو ان يشهد
احدهما على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل
المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك
لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد احدهما
بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا **قال**
فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما
تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا
الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران
بثلث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على
شاهدي الثلث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد في الثلث
لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة حيث
تقع واحدة لان ذلك لكون الثلث صار في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم ما اذا
طلقها الزوج الفاحشة تقع الثلث لانه يتصرف عن ملك فله ان يوقع اي عدد شاء
الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل **قال** وان شهد الاخر بالالف وخمسمائة والمدعي
يدعي ذلك قبلت على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما بالف وشهد الاخر بالف وخمسمائة
تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسمائة لاتفاقهما بالالف وتفرد
احدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي
كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا ادعى
العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجي من بعد **قال** ولو شهدا بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسمائة تقبل بالف ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان يشهد معه اخر لانهما اتفقا
على وجوب الالف فيقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف فلا يقبل لعدم كمال النصاب
ولا يكون بقوله قضاه خمسمائة مناقضا لشهادته بالالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة
معناه ان المدين يجب عليه ما قبض فيلتقيان قصاصا فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعي
كذب شاهده بالقضاء فينبغي ان لا تقبل كما اذا شهد بالف وخمسمائة والمدعي يدعي
الالف لانا نقول لم يكذبه فيما يشهد له انما كذبه فيما يشهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا
شهد له انسان بحق ثم شهد عليه بحق لانسان اخر فان شهادته له لا تبطل وان كذبه
فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما يشهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يقضي بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضا ان لا دين الا خمسمائة

في المعنى وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد رحمه الله كذلك لان مذهبه
في اعتبار المعنى كمذهب ابي يوسف رحمه الله لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمس المائة ابتدا
بل انما الشاهدان على وجوب الالف عليه للمدعي ثم انفرد الاخر بالقضا فلا يسمع ق
قال وينبغي ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه ان لا يشهد بالالف
كلها اذا علم انه قضاه منها خمس مائة حتى يقر المدعي انه قبض خمس مائة كي لا يصير معينا
على الظلم قال ولو شهد انه اقرضه الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة
على القرض لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضا وذكر الطحاوي رحمه الله عن بعض اصحابنا
انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر رحمه الله لان في زعم احد الشاهدين انه لا شي
عليه من المال ولو قضى لكان قضا بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المدعي كذب
شاهد القضا والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا في المسئلة
اذ لا فرق بين المسئلتين الا من حيث ان احد الشاهدين شهد بقضا كل الدين في هذه
وفي الاولى بقضا البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف الشاهدان في
الزمان او المكان في البيع والشرا والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن
والدين والقرض والبراة والكفالة والحوالة والقذف تقبل وان اختلفا في الجناية
والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه
فاختلاف الشاهدين فيه في المكان او الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد
ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح
فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان والمكان يمنع القبول
لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان اخر فاختلف المشهود به
ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه او مكانه
لا تقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشا فهما غيران وليس على كل قذف
شاهدان وان كان احدهما انشا والاخر اخبارا فانهما لا يتفقان لان الانشا ان يقول
زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قد قذفتك بالزنا وابو حنيفة رضي الله عنه يقول
يحتمل ان يكون احدهما سمع الانشا والاخر سمع الاقرار به وليست عنده قذفه فهما شاهدان
به قال ولو شهدا انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران انه قتله بمصر يوم النحر يعني
طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره
ترد الطائفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى بالقبول من الاخرى
وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر ولان الاول حركات العرض لكونه
عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات اخر غير الاول يحدثه الله في المحل ولا يمكن ان يجعل
ذلك الحصر

الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرارا للاول واعادته لان الاخبار عن الفعل
بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول الاول لان القول يحكى
بالقول فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي وقع
بها القتل لا يقبل لما بينا قال فان قضى باحداهما اولا بطلت الاخرى يعني لو قضى
القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الاخرى لا يقبل لان
الاولى ترجحت باتصال القضا بها فلا ينقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بانه قتل بمكة
صار ذلك حكما بانه لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار
نظير ما لو كان مع رجل ثوبان احدهما نجس فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع تحريه على
طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينقض بوقوع
التحري في الاخر قال ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف
الذكورة والانوثة والغصب يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون
البقرة بان قال احدهما سرق بقرة بيضا وقال الاخر بقرة سودا تقبل شهادتهما
ويقطع يده بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا وقال الاخر انثى او اختلفا في لون
البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيها وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة البيضا غير السودا فكانا سرقتين
مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة
والانوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا
يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله
انهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما
في ثياب السارق الا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة
لان ذلك من نفس الشهادة حتى تعلم انها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة
تكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد صح فيشتبه عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة واحدة
بان كان احد جانبيها ابيض والجانب الاخر اسود فشهد كل بما راى او بما وقع عنده بخلاف
وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة
يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونا سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب
الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار والغاصب يقع بالنهار وهو يقرب
منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فيكون الشهادة عن تحقيق وتامل لتمكنه من ذلك فلا
يشتبه عليه فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا
القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون

في نفس الموجب لا في غيره فان قيل على هذا يكون البقرة المسروقة بلقا والمشهود فيهما
اما بيضا او سودا ولم يقل واحد منهما انها بلقا فيكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن
ذلك في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهي عنده على ذلك اللون
فسماها بيضا او سودا بنا على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي
يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى سرقة بقرة سودا او بيضا
لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا في لونين متشابهين
كالسواد والحمرة واما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة
والاصح ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في
ثوب بان قال احدهما هروي وقال الاخر مروي وان اختلفا في الزمان والمكان
لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد
فلان بالف وشهد اخر بالف وخمسمائة بطلت الشهادة لان المقصود اثبات السبب
وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف
الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا
كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يكون المدعا اقل المالين او اكثرهما لما بيناه من
ان المقصود اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان
الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو
الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب
معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان
الشرا الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيده عليه
خمسمائة فقد اتفقا على شرى واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد احدهما انه اشتراه
بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم امكان التوفيق لان
الشرا الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بمائة دينار قال
وكذا الكتابة والخلع اي اذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا
ان المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب
ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشرا وان كان المدعي هو المولى
فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل
في ~~ابتدا~~ ابتدا العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند اداء المال فيصير مقابلا بالعتق
قبل الادا بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل ان كان المدعي هو المولى
لا تقبل بينته لان العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع

اذا كانت المراة

اذا كانت المراة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت
مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين فيثبت اقلهما وهو الذي اتفقا
عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان
المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقاتل العقد دون
المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعي هو المولى والولي يثبت
العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى للدين فيقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على
نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى الدين
يثبت اقلهما لما ذكرنا وان كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس
له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شا
فلا فائدة في اقامة البينة ولا يتحقق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيمها
على حق له وصورة دعوى الرهن ان يدعي انه رهنه الفا وخمسمائة وادعى انه قبض
ما اخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر
بالف وخمسمائة يثبت اقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفا المعقود عليه وهو
المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي المدة
فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل
لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعي وكذا في جميع هذه الصور كما بينا
في الدين قال فاما النكاح فيصح بالف يعني باقل المالين وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه سوا كان الدعوى من الزوج او المراة وسوا ادعى الاقل او الاكثر
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشي لان المقصود من
الجانبين اثبات السبب والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة فتبطل الشهادة
كما في البيع سوا كان الزوج هو المدعي او المراة هي المدعية لامتناع ثبوت
النكاح باقرار احدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث
يكون دعوى الدين اذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه باقراره سقط
القصاص ووقع الطلاق والعتق فبقي دعوى المال المجرد عن السبب ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها
ولم يسم لها مهرا [ثم سمى لها مهرا] صحت التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج الى الانشا العقد
وانما يحتاج الى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتدا وتارة يكون حالة البقاء
فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في حالة
البقا ولا يتصور وجود العقد في حالة البقا والبينة على التسمية في حال التسجيل

العقد لا يكون بينه على العقد بل على التسمية المجردة بخلاف الثابت بشهادتهما المال حال بقا النكاح فيثبت بقا التسمية وبقا النكاح لا غير ولان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك من حكم البيع ان لا بعد الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فيكذا الاختلاف باختلافه بنفي العقد سالما عن الاختلاف فيلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل منهما كما في الدين وقيل الخلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية فعلى ابو حنيفة رضي الله عنه مقصودها المال فيخرجه على ما بينا وبما يجعلان مقصودها العقد لما بينا لهما واما اذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد بالف غير العقد بالف وخمس مايه على ما بينا والاول هو الاصح وقد بينا وجهه وهو استحسان ويستوي فيه دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح لا بقائها في الاصل وهو العقد والاختلاف في البيع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لا بقائهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل مكذبا للشاهد بخلاف ان الاقل هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة

فصل الموارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه واقام شاهدين يشهدان ان هذه كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا ثبت ملكه او يده عند الموت كان جرا لانه اذا ثبت ملكه او ان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا للانتقال وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ به والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثبات للملك واثبات يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستاجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفي به عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافه عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك المورث مستمرا الى هذا الوقت لا ملكا اخر غيره كما في الحي اذا اثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه باق في هذا الوقت وكما اذا ادعا عينا في يد انسان انه

اشتراها من فلان غير ذي اليد واقام البينة على الشرا منه وانكر ذو اليد انه ملك البايع واقام المشتري البينة انها كانت له يكتفي بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبايع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد ما يزيله لا يستغنا البقا عن دليل ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا الا ترى انه ثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبرا الجارية وحل وطيها لو كانت حراما على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغني اكل الصدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان بقا ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لا بقا ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان ملكه الوارث لم يكن ثابتا قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال الا ترى ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي انها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقا ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انه كان مالكا لها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الشرا الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال ببقا ملك لان الشرا سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا بالشرا واما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لا بطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا ترى ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه ما رفا له ان مات يستدرك فاشتراه لا يصح ولو كان سبب الملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر

ولو شهدا انه حي منذ شهر ردت اي اذا شهد شاهدان ان هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد وعند ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب ان يقبل كما اذا شهدا انها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد ما يزيله فلذا اليد وصار كما اذا شهدا انها اخذ من المدعي او بالاقرار منه باليد له ولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضا بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه

لا يقضى له حتى يجر الميراث فيقول مات وتركه ميراثا له او يقول كانت لابيه

بل الوارث عين ملك المورث

ملك البايع

معلوم ايضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد معلوم على ما مر ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا تعارض المتحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان اكثر اثباتا قال ولو اقر المدعى عليه بذلك او شهد شاهدان انه اقر انه كان في يد المدعي دفع الى المدعي اي اقر المدعى عليه باليد للمدعي لان الاقرار معلوم فصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو قال لفلان علي شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به

باب الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين اي تجوز الشهادة على الشهادة بشرط ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الاصل وليست حقا للمشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في موضعين في الاصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموت او مرض او بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار ككتاب القاضي الى القاضي الى غير نهاية وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا ولا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل اولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي انها لا تجوز في الوقف والصحيح انها تجوز فيه احياء له وصونا عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان يشهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو شهد احدهما على شهادة رجلين واشهدهما الاخر بعينهما جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين اشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قاما مقام اصل واحد فلا تتم حجة للقضا

بها كالمرأتين لما قامتا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد ان يشهد على تلك الشهادة على غيره الا ترى ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له ان يشهد على صاحبه على شهادته مع رجل اخر وقال مالك رحمه الله يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضي القضا فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا على شهادة احدهما جاز ان يشهدا على الاخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا في قضايا كثيرة بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشرط العلة لم يثبت به شيء لان المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد احد الاصلين على صاحبه مع رجل اخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيئا ولان معنى الاصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جاز شهادته على شهادة صاحبه لا يثبت ثلاثة ارباع الحق ولا نظير له في الشرع ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهدا مع احد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم نجمع بينهما لان الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب ولذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان المرأة ايضا يجوز ان يشهد على شهادتها رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا قال ولا تقبل شهادة واحد اي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد بيناه وبينا الخلاف فيه قال والاشهاد ان يقول اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذا صفة الاشهاد ولا بد منه او ما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضا ويحصل ذلك بما ذكر هنا ويقول له عند التحمل اشهدني على نفسه

ان شاء وليس بلازم لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهده على نفسه ولو قال
اشهد اني سمعت فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد انت على شهادتي بذلك جاز لحصول
المقصود به ولا يقول اشهد على بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد
على نفس الحق المشهود به فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول بشهادتي لانه يحتمل
ان يكون امرا بان يشهد بمثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو
كذب قال ويقول الفرع ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذا صفة اداء الفرع
عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة
تحصل بذلك وله لفظ اطول منه واقصر كلا طرفي الامور ذميم واوسطها صميم
فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه شهد ان فلان بن
فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لي
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي لفلان بكذا ففيه ثماني شينات
او يقول اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وانا اشهد
على شهادته بذلك فذكر فيه ست شينات وما ذكره في المتن فيه خمس شينات
والاقصر منه ان يقول امرني فلان ان اشهد على شهادته ان لفلان على فلان كذا
وانا اشهد على شهادته بذلك فذكر فيه اربع شينات او يقول اشهد على شهادة
فلان بكذا فذكر فيه شينين لا غير ذكره محمد رحمه الله في السير الكبير وهو اختيار
الفقيه ابي الليث وابي جعفر وشمس الائمة السرخسي وهو اسهل وايسر واقصر
وروي ان ابا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فاخرج لهم الرواية من السير
فانقادوا له قال ولا شهادة للفرع الا ان يموت اصله او يمرض او يسافر
لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض
ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان اداء الشهادة فرض فلا يسقط الا
بالعجز فاذا سقط جاز له ان يحمل غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق
غير جائز وامر القاضي بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج
وربما لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر
عذر ظاهر الا ترى انه تعلقت به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم
وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة من غير
محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز الاشهاد

اشهده

اما الحقوق الناس والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما في سائر الاحكام والثاني
وهو ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ارفق لان احياء الحقوق واجب ما امكن والشاهد
ايضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير اهله حرج عظيم فيجوز
الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه واحيا الحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ
بهذه الرواية وروي عن محمد رحمه الله انها تجوز كيف ما كان حتى روي عنه انه اذا
كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية اخرى من
ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي
الامام علي السغدي في شرح ادب القاضي للخصاف اذا شهد الفروع على شهادة
الاصول والاصول في المصر يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه
لا يجوز بناء على ان التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز ووجه البناء
ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه في الشهادة الا بعذر والجامع
ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما
لما ملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا
في الحضور الى مجلس الحاكم قال فان عدلهم الفروع صح لان الفروع من
اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل احد الشاهدين صاحبه
لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله
لا يتهم في شهادته على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف
يتهم وشهادته لم ترد برد شهادة صاحبه بل تقبل بضم اخر معه وان اتفق
الرد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا تقبل تعديله
صاحبه للتهمة والاول اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال وان لم يعدلوا
اي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع عن الاصول لان الماخوذ
على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف
القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون
العدالة فحاصله ان القاضي ان كان يعرف الفروع والاصول بالعدالة قضى
بشهادتهم وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون الاخر سال عن الذين لم
يعرفهم فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال في النهاية في ظاهر
الرواية عن محمد رحمه الله انه لا تثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح
ظاهر الرواية فلا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم او لا

يجوز ح

في الجواب الا بعذر فكذا
لا يملك الاصل انابة غيره
مناب نفسه ح

بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به وكذلك اذا انكر المدعى عليه ان في

يخبرك عالمهم قال وتبطل شهادة الفروع بانكار الاصل الشهادة اي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهد هم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة فقالا لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان يكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدوا ابيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم لا بد من اخرين يشهدان ان المحدود المحدود المذكور في الشهادة حدود ما في يد قال وكذا كتاب القاضي الى القاضي معناه ان القاضي اذا كتب الى القاضي الاخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امراة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المراة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان انها المنسوبة بتلك النسبة كما في المسألة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لولايته يتفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل اصل على ما بينا قال ولو قالا التميمية لم يجز حتى ينسباها الى الفخذ اي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها الى الفخذ وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان اخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية به الفصيلة اخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل فخزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم

الافخاذ

من النسب

التعريف

التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما فذكر الفخذ والفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولا يعزر اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله اتصل بشهادته القضاء او لم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله صلى الله عليه وسلم ان النبي عد لشهادة الزور الاشراك بالله تعالى ثم تلى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وساله رجل عن الكبائر فقال صلى الله عليه وسلم الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رحمه الله ان شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة رضي الله عنهم في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فمن كان بهذه المثابة من ائمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يقلدهم وعدم تقليد مثل مسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتجويزهم فعلهم وقولهم لا سيما شريح فانه كان قاضيا في زمان عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم فكيف لا يكون وهو بمحضر منهم فيكون تقليده تقليدا لهم ضرورة وما روي عن عمر رضي الله عنه كان سياسة بدليل بلوغه اربعين وهو حد العبيد في القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع وكذا لم يقولوا النهي صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو في الكلب العقور ولان الضرب الشديد والتسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا وقال الامام الحاكم ابو محمد الكاتب رحمه الله وهذه المسألة على ثلاثة اوجه احدها ان رجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني ان يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث ان لا يعلم رجوعه بأي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا قوله ومن اقر انه شهد زورا يصرح بانه انما يجب التشهير والتعزير على الاختلاف الذي ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا

متعمدًا وأما إذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت ردت شهادته لتهمة أو للمخالفة بين
الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فإنه لا يعزر لأنا لا ندري من هو الكاذب منهم
المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد إلى الكذب
ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي والبينة حجة الإثبات ولا تهمة في إقراره
ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا إذا شهدوا بقتل شخص وموته ثم جاء
المشهود بقتله أو بموته ليتيقننا بكذبهم والرجال والنساء وأهل الذمة في شاهد
الزور سواء وتقبل شهادته بعد ذلك إذا تاب فأما إن كان فاسقًا تقبل لأن الذي
حمله على الشهادة الباطلة فسقه فإذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق
واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدر بعضهم ستة أشهر وبعضهم سنة والصحيح
أنه مفوض إلى رأي القاضي وإن كان عدلًا أو مستورًا لا تقبل شهادته أبدًا لأن
عدالته لا تعتمد وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي يوسف رحمه الله أن شهادته تقبل
وبه نفتي فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب أن الشهادة ترد بسبب التهمة
وسببها أنواع أما معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى وأما في معنى في المشهود
له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة الولاد والزوجية وأما لدليل شرعي
وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لأن الله تعالى جعل عجزه عن الإتيان بأربعة
شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم أن الشهادة فرض لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فإنه
آثم قلبه وقال صلى الله عليه وسلم كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من
الكبائر على ما بينا وقال صلى الله عليه وسلم الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما
حتى يلعنه ملائكة السموات والأرض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها وإذا وقعت
منه خطأ أو عمدًا يجب عليه أن يتوب والتوبة منها لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنع
عنها الاستحياء من الناس وخوف اللائمة لأن الاستحياء من الخالق أولى من الاستحياء
من المخلوق وفيه تدارك ما أتلف بالزور لأن رجوعه مقبول في حق نفسه وإن لم
يقبل في حق المدعي ثم ركن الرجوع أن يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير
والضمان وقبله التعزير فقط **قال** ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي لأنه فسخ
للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس الحاكم أي حاكم كان كالفسخ في باب البيع
حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولأن الرجوع

عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال صلى الله عليه
وسلم السر بالسر والعلانية بالعلانية فإذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب أن يكون
توبتها كذلك فإذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضي عليه شهادتهما
بينة بأنهما رجعا عند غير القاضي أو طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لأنه ادعى
رجوعًا باطلًا بخلاف ما إذا أقر أنهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح إقرارهما
وإن أقرا برجوع باطل لأن إقرارهما به يجعل رجوعًا منهما في الحال وبخلاف
ما إذا أقام البينة أنهما رجعا عند قاض آخر غير الذي قضى بالحق حيث تقبل هناك
بينته لأنه ادعى رجوعًا صحيحًا **قال** فإن رجعا قبل حكمه لم يقض لأن
كلامهما متناقض فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لأحد من الخصمين
لأنهما لم يتلفا شيئًا على أحد بهذه الشهادة لأن الشهادة لم يثبت بها الحق إلا بالقضاء فلم
يتلفا على المدعى عليه شيئًا ولا على المدعي لأن عدم ثبوت حقه لا يضاف إلى رجوعهما
بل هو باق على أصل العدم على ما كان غاية الأمر أن يقال لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما
ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو أبيا أن يشهدا ابتداء ولأن القاضي
إنما يقضي بشهادتهما إذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه أنهما صادقان ولا
يعرف ذلك إلا بعد الحكم لجواز أن يجرحا ولأن المدعي على دعواه فلعله يشهد
له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى ولئن توى فهو مضاف إلى عجزه لا إليهما
قال وبعده لم ينقض أي إذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم ينفسخ
الحكم لأن كلامهما متناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لأنهما يستويان
في الدلالة على الصدق وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فصار نظير ما لو شهدا
أن عمرًا قتله بكر باتصال القضاء به ولأنه لو نقض أدى إلى النقض إلى ما لا يتناهى برجوعه
عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الآخر إلى غير نهاية **قال** وضمنا
ما أتلفاه للمشهود عليه إذا قبض المدعي المال دينًا كان أو عينًا لأن التسبب على
وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما
وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبب مع وجود المباشرة قلنا
لا يمكن إيجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وإن كان مباشرًا لأنه ملجأ
من جهتهما فإن القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل
ويعزر ولو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا
يمكن استيفاؤه من المدعي لأن الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر إضافة
الحكم إلى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب أن الشافعي رحمه الله

بالكونه وشهد آخران أنه
قتله بخصر بأنهما قبل القضا
تردان وبعده لا ينقض
لترجحه ع

يوجب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعدما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة
وامر الدم اعظم ثم لا يوجب عليهما المال وهو يثبت مع الشبهة ونقول ان القاضي ملجأ
ولا نقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال انتم ايضا تناقضتم في قولكم فانكم
اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزاء
الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبب
فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة
والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال الا ترى ان القصاص لا يجب والخطأ
اقوى من التسبب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبب في الخطاء المال يجب
فاولى ان يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا وهذا
اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي ماله ولا
فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به دينا فكذلك
وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان يفيد بالمال
في العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز له ان
يتصرف فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع
قبله لم يتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين اخذ العين وايجاب الدين وفي العين
يتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف
بشهادة الزور بخلاف الغصب عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف لعدم تحققه
فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعة فانه لو اودع
العقار عند شخص فاقر به المودع لغيره فانه يضمن للمودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا
الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بانه ابرأه من الدين او حلله او
تصدق عليه به او وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير مالا
في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم
رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي **قال** فان
رجع احدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع وهذا هو الاصل في باب الرجوع
عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بان بقي النصاب وفي
هذه المسألة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز ان يثبت الحكم
ببعض العلة فوجب ان لا يبقى به ايضا لانا نقول يجوز ان يبقى العلة وان لم يثبت به ابتدا الحكم ببعض
كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان لم ينعقد به ابتداء **قال**
فان شهد ثلثة ورجع واحد لم يضمن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين

يكفي لثبوت

يكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقا بها والاستحقاق
يمنع وجوب الحق كمن اتلف مال انسان ثم استحق المتلف ببينة لا يضمن الاول
شيئا فكذا هذا **قال** وان رجع اخر ضمنا النصف لانه بقي منهم واحد
فيبقى ببقائه نصف الحق ولا يقال ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف
كان مضافا الى الثانيين ولهذا لم يضمن شيئا برجوعه لانا نقول التلف مضاف
الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين
فلما رجع اخر ظهر اثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف
اذ ليس احدهما باولى من الاخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا رجعوا وهم ثلثة
وليس لواحد منهم ان يقول لا يلزمني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي
فلا يجب الضمان برجوع غيري **قال** وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة علي
ضمنت الربع لبقاء ثلثة الارباع ببقاء رجل وامراة اذ الرجل وحده بالنصف
قال وان رجعتا ضمنتا النصف لانه بقي الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا
لو شهد رجلان وامراتان فرجع رجل وامراة فعليهما الربع اثلاثا وان رجع
رجلان فعليهما النصف وان رجعت امراتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر **قال**
وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهو الرجل والمراتان **قال** فان رجعت اخرى ضمن ربعه لانه بقي الرجل
والمراة بقي بثلثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمراة **قال** وان رجعوا بلغ
فالغرم بالاسداس يعني سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على النسوة وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم
بهذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق
وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة
فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق
بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الاخر ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه
عند الرجوع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كل امراتين تقومان مقام رجل واحد
قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل
واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا
وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن
عند الاجتماع مع الرجال الا ترى ان الكل ابنتين منهن في الميراث تقومان مقام

ان واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن
بابن يزيد فيعتد بكثرتهن فكذا هنا وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن
نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع
الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل
وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شي على النسوة لانه وان كثرن يقمن مقام
رجل واحد وقد بقي من النسا من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كان
لم يشهدن وهذا هو ما يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا
وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامراة كان النصف عليهما اثلاثا ولو كان رجعا
لما وجب على المراة شي وان شهد رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان عليهما
دون المراة لان الواحدة ليست شاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم اليه
اليه خلاف ما اذا شهد رجلان وامراتان ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجعوا
فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن
ثلثة الاخماس على الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامراة فعليه النصف كله
عندهما ولا يجب على المراة شي وعنده عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم
قال وان شهد رجلان عليه او عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ثم رجعا لم يضمنا
سوا كانت هي المدعية او هو ومراده هذا بقوله عليه او عليها لان المشهود
عليه اتلفا عليه شيا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا اتلاف فان قيل هذا يستقيم
في حقها لانهما اتلفا عليها البضع بعوض متقوم واما في حق الزوج فغير مستقيم
لان البضع غير متقوم وانما اتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته فوجب ان يضمنا له
مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه قال
وان زادا عليه ضمناها اي ان زادا على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت
هي المدعية للنكاح وهو منكر لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم
يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح باقل من مهر المثل وحكمه انهما لا يضمنان لها شيا
لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا تضمن بالمتقوم اذ التضمين يستدعي
المماثلة وانما تضمن وتتقوم بالتملك ضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل ان المشهود
به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان
بعوض لا يعادله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض وخرج
على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها او بعضه فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا

لانهما اتلفا عليها وهو المهر قليلا كان او كثيرا دون البضع ولو شهدا عليه انه
تزوجها على الف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما
ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفا لم يثبت لها فيه اذا لم يتقرر
وجوبه لان القضا بالنكاح مع قبض قضا بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضا
بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضا به فلم تقع الشهادة بالقبض اتلافا
للمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضا به فلم تقع الشهادة لعدم وجوبه
اصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير وهو وارد
على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه اوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم
وجوبه بالقضا ومقتضى المذهب ان لا يجب شي على ما بينا وهو ان منافع البضع غير
متقوم عند الاتلاف وانما يتقوم على الزوج عند تملكه اياه ولو شهدا بالنكاح
على الف ولم يشهدا بالقبض حتى قضي به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين
ضمنا للمراة الالف لانهما شهدا بالنكاح بالف ثبت لها حق الاستيفا لان الالف قد تقرر
عليه بالقضا بالنكاح ثم بشهادتهما اتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى
على امراة انه تزوجها على مائة وقالت تزوجني على الف وذلك مهر مثلها فاقام
الزوج شاهدين بما ادعى وقضي له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة
في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم يضمنا شيا في قول ابي يوسف رحمه الله وهو
بنا على مسالة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها
ولولا شهادتهما لقضي عليه بالالف فاتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه وعنده القول
قوله فلم يتلفا عليه شيا وهذا يبين ان المراد بقوله الا ان ياتي بشي مستنكر مما
لا يصلح ان يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم وان اتلفا منفعة بان
شهدا انه اكرى دابته بمائة واجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي
هو المستاجر والمنكر صاحب الدابة لانهما اتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من
غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة
والاخر منكر ضمنا له ما زادا على اجر المثل لانهما اتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر
اجر المثل بعوض فلم يضمناه قال ولم يضمنا في البيع الا ما نقص من قيمته اذا
شهدا على البايع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان المبيع بمثل القيمة
او اكثر لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف
وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر اتلفا عليه
بلا عوض ولا فرق في ذلك بين ان يكون البيع بخيار الشرط للبايع او كان باتا لان السبب

هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف
مضافا اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد
كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع
فوجب ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به
وان تأخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ
فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا لان البائع كان منكرا للبيع فلا
يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس
فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا اجازه باختياره ليس له
ان يرجع على الشهود لانه اتلفه بمباشرته ولا يضاف الحكم الى المسبب مع وجود
المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع
انهما شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بالف مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا عليه
بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لان الثمن تقرر
في ذمة المشتري بالقضاء ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وان كان
الثمن اقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا مع ذلك لانهما اتلفا عليه هذا
القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى
به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب
الثمن لان القضاء بالثمن يعارضه ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشي
اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة قال
دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقترانه بما يوجب انفساخه وهو القضا
بالاقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشرا فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته
او اقل لم يضمنا للمشتري شيئا لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا فان المعنى على ما بينا
وان كان باكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما اتلفا عليه الزائد بغير
عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بالشرا بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع
بمضي المدة وان جاز باجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البائع **فصل** وفي بلغ
الطلاق قبل الوطي ضمنا نصف المهر يعني اذا شهدا بانه طلق امراته قبل الدخول
بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط علي م
لاحتمال ارتدادها وتقبيلها ابن زوجها بشهوة فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط
المهر به وللتاكيد حكم الايجاب فصار كانهما اوجبا عليه الا ترى ان المحرم اذا
اخذ صيدا فقتله آخر في يده يلزم الاخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه

ماكان على

ما كان على شرف الزوال بالتسبب وللتقرير حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول
في معنى الفسخ فلا توجب شيئا اذا لم يكن من جهته وانما اضيفت الفرقة اليه الزماه
نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض هذا بمسئلتين ذكرهما في التحرير احديهما
امراة لها على رجل الف درهم مؤجلة شهد شاهدان انه حال فاخذته منه ثم ارتدت
والعياذ بالله تعالى ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم
لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط
بارتدادها والثانية لو ان رجلا قتل امراة قبل ان يدخل بها زوجها حتى لزمه
جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لولا قتله كان احتمال
السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منهي للنكاح والشي بانتهائه يتقرر والدين
المؤجل ثابت في الحال وانما تاخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين حل
ولم يؤكدا بشهادتهما شيئا اذ تحصيل الحاصل محال او نقول لا نسلم بان دينها
يسقط بل يكون لورثتها ويقضى به ديونها فلا يسقط فبطل السؤال من الاصل
الزنا اباه ح والابن اذا اكره امراة ابيه فزنى بها يلزم اباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن
لان الابن باكراهه الزنا اياها نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود
بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قائمون مقامه ولم يرث لوقوع الفرقة
بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها في حياته قبل الدخول
بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمراة نصف
الصداق والميراث لان المهر كان مؤكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط
وكذا الميراث كان واجبا لها بموته فبهذه الشهادة ابطلا عليها نصفا مؤكدا
من المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي **فصل** ولم
يضمنا لو بعد الوطي يعني لو شهدا انه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا
عن الشهادة لم يضمنا لان المهر تاكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله
يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده
وكذا اذا ارتدت المراة يجب عليها ان تغرم للزوج نصف المهر لان البضع متقوم
الا ترى انه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور ان يتملك بلا عوض فكذا عند
خروجه عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه في ضرورة تقومه
في احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك الثمن ولنا ان ملك الزوج
ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع البضع الا ترى انه ليس له ان يضمن
المتلف بالوطي شيئا حتى لو وطئت بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان له

ولكان له ان يزوجها من انسان لملك الثمن ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة
بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا واما عند دخوله في ملك
الزوج فالمتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك
المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فانما تملك مجانا لا تعظم
خطره عند اصابته وذلك لان محله خطر مثل النفوس لان النسل يحصل به وهذا
المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيئا لكن تسقط عنها
ملك الزوج الا ترى انما هو مشروط بمعنى الخطر عند التملك كالشهود
والولي لا يشترط شيء منه عند الازالة ولكونه غير متقوم حالة الخروج دون
الدخول ليس له ان يخلع ابنته الصغيرة على ما لها من زوجها وله ان يزوج ابنه
الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال والمال مثل للمال
تعند الاتلاف تضمن بالمال قال وفي العتق ضمنا القيمة اي اذا شهدا
بانه اعتق عبده فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده
لانهما اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولاء للذي شهدا عليه بالعتق
لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا يمتنع وجوب
الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب
لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب فلا يكون الضمان بدلا عنه بل عما
اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين ان يكونا موسرين او معسرين
لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه
مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه فاوجب الشارع عليه المواساة صلة
والصلات تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب ولو شهدا
عليه بانه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما اوجبا
للعبد حق العتق وبذلك ينتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث
ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له مال سواه عتق ثلثه وسعى في ثلثيه
ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان معسرا يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان
به عليه اذا ايسر ولو شهدا انه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته
كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان
يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته
وكان من قضية الضمان ان يملكاه كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن المكاتب
لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه كما كان قبل رجوعهما

العبد

فاذا ادى

فاذا ادى عتق والولاء للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما مقامه في اخذ
بدل الكتابة منه لا غير فاذا اداه اليهما كما اداه الى المولى ويطيب لهما ما اخذا من
المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل قيمته او اقل وان كان اكثر تصدقا بالفضل وان
عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى
ما اخذ من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار نظير ما اذا غصب
المدبر فابق عنده فضمنه المولى قيمته ثم رجع من الاباق فانه يجب على المولى ان يرد
على الغاصب ما اخذه منه فكذا هذا ولو اختار المولى ان يتبع المكاتب ولا يضمن
الشهود كان له ذلك ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت منه والمولى ينكر فقضى
القاضي بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل
وجه على وجهين اما ان يكون الرجوع هنا حال حياة المولى او بعد وفاته فان لم
يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها
فاذا مات المولى عتقت فيضمنان للورثة باقي قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها
الورثة ففوتا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها ضمنا
جميع قيمتها للورثة لانهما اتلفا ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة
المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما
كان عبدا له ففوتا عليه ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد
شريك في الميراث لا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم
الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه
فيؤدي من تركته ان كانت له تركة والا فلا شيء على الابن لان من اقر على مورثه بدين
وليس له تركة لا يجب عليه شيء وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه
نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة الام ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما
لما ذكرنا ان ترك مالا ولا يرجعان بما اخذ منهما شريكه لانه في زعمه ظالمهما فلا يظلم هو
وكذا في زعمهما فلا يطالبانه ولا يضمنان لشريكه ما اخذه الولد مما لا رث وان رجعا
بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده
وهو يكذبهما في الرجوع وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة
الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان هنا على الولد
بما اخذ منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم ابيه فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى
يقدم على الارث وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع قيمتها هنا لانهما اتلفاها عليهم
ولم يضمنا من قيمتها شيئا للمولى بخلاف المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة

حال حياة المولى وان شهدا بعد وفاته والمسألة بحالها تقضي بشهادتهما القاضي ثم رجعا
فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان معها ولد ضمنا قيمتها
وقيمة الولد وما اخذه الولد بالارث بخلاف ما اذا كانت الشهادة في حياة المولى
حيث لا يكون بشهادتهما بالمال والميراث لانه يجوز ان يموت الابن اولا فيرثه الاب
فلا يكون بشهادتهما اتلافا فالمال فلا يضمنان واما بعد الموت فبشهادتهما وقعت
على المال فيكون اتلافا فانه فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا شهادتهما
كان عبدا ميراثا لهم **قال** وفي القصاص الدية ولم يقتصا اي فيما اذا
شهدا بوجوب القصاص على شخص بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل
ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لانهما
تسببا لقتله فصارا كالمكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة
افضى الى القتل واولى بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا في قتله وليسا بمجبر
لان الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفا بل جانب العفو مترجح والسبب لا
يوجب القصاص كحفر البئر ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية
وهو القتل مباشرة عمدا بالة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست
بقتل حقيقة وانما تصير قتلا بواسطة ليست في الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار
الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المسبب
كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة
لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء لان الملجا هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية
على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي
ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير بذلك مقهورا
والولي يباشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه فكيف
يتاتى الاكراه في حقه بخلاف المكره فان المكره يؤثر حيوته فيقدم على القتل فينسب
الفعل الى المكره والمكره كالالة ولانا لو قلنا احوال الدار ان يكون شبهة والقصاص يسقط
بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة وان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله
حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن الشاهدين لان الولي متلف
له حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان
وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا عندهما ان ضمن الولي
وان ضمنا الشاهدين فلهما ان يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان
عليه بما لحقهما بها كما لو شهدا له بقتل الخطا فقضى له بها واخذ الدية ثم رجعوا جميعا

كلها

وهذا لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب
المدبر اذا غصب منه اخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الاول
فضمنه فللغاصب ان يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك
المدبر وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة حتى يملكه الولي ووارثه اذا مات
من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتمليك فيكون السبب معتبرا على ان يعمل
في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على مس السماء تنعقد في ايجاب الكفارة
الذي هو خلف عن البر لما كان الاصل هو البر وهو متصور الوجود عقلا ولهذا
شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم ان يرجعوا بها على المكاتب
وان لم يملكوا منه شيئا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الشهود ضمنوا لاتلافهم
المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم
لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشر
الا يرى ان الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا انهم جناة ومن ضمن بجنايته
لا يرجع على غيره واما في الخطا فانما يرجعان عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد
اتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا للحكم
على ان يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود
الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس ولو كان
القصاص ملكا لا شيا حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بان قتله شخص او شهد
عليه الشهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود شيئا لولي القتيل وانعقاد
السبب لا يكون اقوى من وجود الملك حقيقة وبهذا فارق مسألة غصب المدبر
والمكاتب فانه فيه لو كان مملوكا حقيقة كان يضمنه المتلف عليه فلذا اذا جعل
كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له ان يرجع بالبدل لذلك
قال وان رجع شهود الفرع ضمنوا لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها
منهم في مجلس الحكم **قال** لا شهود الاصل بقولهم لم نشهد الفروع على شهادتنا او
او اشهدناهم وغلطنا اي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود الفروع او
بقولهم اشهدناهم وغلطنا لان القضاء وقع بشهادة الفروع اذ القاضي يعاين
من الحجة وهي شهادة الفروع وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء
به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا
يقضى به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل
فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل

بلغ

نفي ... وهذا لانهم لقولهم لم نشهدهم انكروا السبب اصلا وهو الاشهاد

شهادتهم الى مجلس القاضي فحصل القضا بشهادة الاصول فلهذا يعتبر عدالتهم فصار
كانهم حضروا بانفسهم مجلس القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا
لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحمل
ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي
والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا لاتلاف شي فلا يلزمهما الضمان وهذا لان
الشهادة مختصة بمجلس القضا ولهذا اختص الرجوع به بنا عليه للتناسب ولا
نقول ان الفروع نايبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد
الاشهاد لو منعوا عن ادا الشهادة كان عليهم الادا اذا دعاهم المدعي اليه
ولو كانوا نايبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون
على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا
على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول بان قالوا اشهدناهم على ذلك ولكنا
رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه ما بيناه من الجانبين
قال ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط لان الاتلاف حصل
بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه
والاصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمسبب اذا اجتمعا
وهما متعديان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال
محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع لان
القضا وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع
بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نايبون عنهم ونقلوا شهادتهم بامرهم
فيخير في تضمين اي الفريقين شا والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على
اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول او نقول احدهما اشهاد والاخر
ادا الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون
له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف ثبت بالنقل والاشهاد
والنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد الاصول لما تمكن الفروع
ولولا نقل الفروع لما تمكن الاصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب
ضمان على سبيل المباشرة اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول عند
القاضي على وجه لو لم يقبل القاضي شهادتهم ياثم ولذلك الاصول مباشرون
من حيث الحكم لان ادا الفروع منقول الى الاصول لان الفروع مضطرون
من جهة الاصول الى الادا بعد الاشهاد حيث لو امتنعوا عن الادا اثموا فصاروا

نظير القاضي

نظير القاضي لما الجاه الشهود الى القضا بسبب اليهم فضمنوا ثم اي فريق ادى لا يرجع
على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب
الغاصب لما عرف في موضعه قال ولا يلتفت الى قول الفروع كذب
الاصول او غلطوا يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضا لا ينقض بقولهم
كما لا ينقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم
بانهم كذبوا قال وضمن المزكون بالرجوع وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا على المشهود عليه
بان شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف
وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما اثنوا على الشهود فصاروا
في المعنى كشهود الاحصان ولابي حنيفة رضي الله عنه انهم جعلوا ما ليس بموجب
موجبا فصاروا بمنزلة من اثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب
شيا بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية
علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم
لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا اثبت
الاحصان بشهادة النسا بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا
بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز ان يكون النسا
مزكيات مع الرجال في الحدود كما لا يصلح للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم
اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان الثنا بر هو المعتبر والعلة موثرة في اثبات
الحكم ولذلك علة العلة موثرة ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل
الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بموثر في اثبات الزنا فانهم
اثنوا عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج امراة نكاحا صحيحا وقد اوفى حقها شرعا
بالدخول عليها وهذه الخصال لا تمنع الزنا فلا يكون موجبة له لان الزنا مذموم
وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون احدهما سببا للاخر فلما لم يوجب
الزنا لا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال
وشهود اليمين اي يضمن شهود اليمين ومعنى المسالة ان يشهدا بتعليق العتق بشرط او
تعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعا عنه فيجب عليهما قيمة العبد ونصف
المهر لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق او التطليق وهم
الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد الشرط اضيف
التلف الى تلك الجملة وهي العلة دون زوال المانع قال لا شهود الاحصان

والشرط اي لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه الله
اما شهود الاحصان فهو يقول ان الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه
شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة الا يرى ان
حافر البئر يضمن عند عدم من يلقي والحفر شرط الوقوع فتضاف الحكم اليه قلنا
ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط ان توجد العلة بصورتها
ويتوقف على صيرورتها علة على وجود الشرط كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد
وجدت بصورتها وهي قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت على صيرورتها علة على
وجود الشرط وهنا لو زنى غير محصن لا يرجم ولكن اذا زنا وهو محصن عرفنا
ان حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذ
الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة واما شهود الشرط فلا يخلوا اما ان رجعوا
وحدهم او مع شهود العلة وفي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند
زفر رحمه الله يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين
اثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله انت حر وانت طالق والاخرون
اثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف
الى علته حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عنده والشرط
والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض
مشايخنا لان الشرط اذا لم يعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان
العلل لم يجعل علة لذواتها فجاز ان يخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط
لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله
والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي رحمه الله واذا شهد شاهدان بالتفويض
وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الايقاع لانه العلة والتفويض سبب

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك بمالي يملك
الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال
على الله توكلنا اي فوضنا امورنا والتوكيل تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل
وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل
القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم
حكيم بن حزام بشراء الاضحية وقال تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا احدكم

بورقكم هذه الى المدينة الاية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة
لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله
فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج والفاظها
كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك او فوضت او احببت او رضيت او شئت او
اردت ولو قال لا انهاك عن طلاق امرأتي لا يكون توكيلا قال ويصح التوكيل لما بينا من
الادلة قال وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرف اي التصرف الجائز المعلوم
هذا في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به ادنى تصرفات الوكيل
وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بيناه من قبل قال ممن يملكه اي ممن يملك التصرف
لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد الولاية ولا
قدرة له على التصرف وقيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة
رضي الله عنه فالشرط ان يكون خاصا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف
فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال
ببيع الصيد وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع
في بعض الاشياء بعارض النهي ولا بد ان يكون الموكل ممن يلزمه الاحكام لان المطلوب
من الاسباب احكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد
المحجور عليهما قال اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا او عبدا محجورا
يعني يصح التوكيل بشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل
صبيا او عبدا محجورا عليهما والمراد ان يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن
والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح
لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة ليكون
قادرا على التصرف وذلك بالعقل قال بكل ما يعقده بنفسه اي يجوز التوكيل
بكل شيء جاز ان يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا الوكيل
حيث لا يجوز له ان يوكل بما وكل فيه لان المراد به ان يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاد
من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بامر آمره وكذا لا يرد جواز توكيل
المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه
الاستقراض فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل
به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب في ذمة
المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف
البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه وبخلاف الرسالة في الاستقراض

التصرف منه ويقدر على التصرف بقدرته لا بنفسه
اي يستفيد الولاية من الموكل لا بالاجماع

لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل
فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح واما الوكالة فغير موضوعة
لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن ابي يوسف
رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز **قال** وبالخصومة في الحقوق
برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مدة السفر او مريدا للسفر او
مخدرة اي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق بشرط ان يرضى الخصم الا اذا
كان معذورا بعذر من الاعذار التي ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضى الخصم وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم وان
لم يكن به عذر وهو قول الشافعي رحمه الله لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون
رضى الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه اذ لا يهتدي
اليها كل احد او لا يرضى بها عند الحكام كل احد وقال عبد الله بن جعفر كان علي
لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان لها لقحما وكان اذا
خوصم في شيء من امواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر فقال هو
وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي ولانه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضى
خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضى الخصم كسائر حقوقه ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان التوكيل حوالة وهي لا تجوز الا برضى المحال عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصومة
تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة الا ترى انه لا يوكل الا من هو الد
واشد انكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف
ما اذا كان به عذر من الاعذار التي ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة
فلا يكون فيه اسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر لكن القاضي
ينظر في حاله وفي عدته فانه لا يخفى هيئة من يسافر والمتاخرون من اصحابنا اختاروا
للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الاباء من قبول التوكيل لا يمكنه
من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار
بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله
ومن الاعذار الحيض من المدعا عليها اذا كان الحكم في المسجد والحبس اذا كان من
غير القاضي الذي يرافعوا اليه **قال** وبايفائها واستيفائها الا في حد
او قود اي يجوز التوكيل بايفاء جميع الحقوق والاستيفاء لما بينا الا باستيفاء الحدود
والقصاص فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا يستوفى
بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة وقال الشافعي رحمه الله يستوفى القصاص

في حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط بالشبهات وشبهة العفو
ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى بل هو الظاهر اذ العفو مندوب
اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانتفاء
شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء او لان قلبه
لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لان رجوعهم نادر فلا يتوهم
ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا قامت
وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها ايضا كما لا يجوز
باستيفائها وقول محمد رحمه الله مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رضي الله عنه
الا انه يجوزه من غير عذر ولا رضى الخصم وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يجوز الا با
وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل واما حال حضرته فهو جائز اجماعا لان
كل كلام يتنقل الى الموكل اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف في موضعه
لابي يوسف رحمه الله ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل ولا مدخل للابدال في هذا
الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا
شهادة النساء ولا من الاخرس لان اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من
الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح به لا يصح بالاثبات ايضا ولهما ان التوكيل تناول
ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد الى الخصومة فيصح التوكيل فيها
كما في سائر الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف
الى الشهادة والخصومة شرط محض لا اثر لها في الوجوب ولا في الظهور اذ الحكم لا
يضاف الى الشرط ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا
الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة رضي
الله عنه فيه اظهر لان التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها
يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة
النساء مع الرجال غير ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان فيه شبهة عدم الامر
به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما
يقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يجوز توكيله به **قال**
والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار يتعلق بالوكيل
ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة
في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه وقال
الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تبع للحكم ولست باصل والوكيل سفير واصل

حدها
يوجد من الوكلاء
كيل

في حق الحكم فلا يكون اصيلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول
والوكيل بالنكاح واخواته ولنا ان الوكيل اصيل في العقد لان العقد يقوم بالكلام
وصحة كلامه باعتبار كونه ادميا عاقلا فيقتضيه ان يكون الحاصل بالتصرف وافعاله
عنه الا ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا
يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة في حقها والدليل على
انه اصيل في العقد استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما
استغنى عن اضافته اليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخواته حتى اذا اضافه
الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا يتعذر اضافة العقد اليه
وايقاع الحكم للموكل فاذا اضافه اليه كان اصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه
وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن
عند استحقاق ما باع او رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى
والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم ان الحكم يقع له في رواية
بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما منافاة حكمية قلنا ان يقع والصحيح انه
يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى ان الوكيل اصيل في حق الكل لكن في حق الحكم
خلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصيلا فيه كالعبد يتهب او يصطاد ولهذا
لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت
للموكل ابتداء الى اخره وكذا اذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما
ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان اصيلا في حق الحقوق جاز توكله فيها ولا
يجوز توكيل الموكل بها لانه اجنبي عنها وفي قوله يتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة
الى ان العبد والصبي المأذون لهما يتعلق بهما الحقوق ويلزمهما العهدة مطلقا وفي
الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال او مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة وان
وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل
يكون العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في
المشترى وهذا لا يفيد فيه وانما يلتزم ما لا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله
وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه
العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد
الملك في المشترى وهنا ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى
يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من اهل التزام الثمن
بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما حتى لا يحبسه به

فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الايضاح اذا امره ان يشتري له بالنقد فاشترى كما
امره فالشراء جائز والعهدة عليه وكان القياس ان لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم
الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا لانه وان لحقته العهدة كان له
ان يرجع على الذي امره به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق بالبيع فيخرج من ان
يكون متبرعا ولو امره بالشراء نسيئة فاشتراه كما امره كان ما اشتراه له دون الامر
لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح
واذا لم يصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة ايضا الى ان المحجور عليه
لا يتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور اهليته الصبي ولحق مولى
العبد فيتعلق بالموكل كما في الرسول والقاضي وامينه ثم العبد اذا اعتق يلزمه
تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا يلزمه لان المانع من لزوم العهدة في العبد حق المولى
اذ هو من اهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في الصبي حق نفسه ولا يزول حق
بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان اصيلا فيه فانتفى اللزوم
لما ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان المأمور مرتدا جاز تصرفه لانه من اهل العبارة
فتعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان اسلم
كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته
لنفسه **قال** وفيما تضيفه الى الموكل كالنكاح والصلح عن دم عمد وعن والخلع
انكار يتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها اي في كل عقد تضيفه
الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الى اخره لان الوكيل فيها سفير محض
ولهذا لا يستغني عن اضافته الى الموكل حتى لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار
كالرسول فلا يتصور ان يكون السبب لانها من قبيل الاسقاطات اما غير النكاح
فظاهر ولذا النكاح لانه يسقط بالكلية تعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة
فكان اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطء ولهذا
لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما وراء الوطء فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرمة
تنافي الملك والساقط متلاشي فلا يجوز ان يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل
الانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح مما لا يحتمل ان يضاف
اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط
الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه
خلف مباحا وقابلا للتمليك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك
الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز ان يصدر السبب من شخص ويقع

الحكم لغيره ولا حاجة الى جعله غير اصل اذ جواز الاستقلال عنه يمنع من ذلك ومن اخوات
هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والصدقة والاعارة والايداع والاقراض
والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا
للغير فلا يجعل اصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما
ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل
ولان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيئا من مالك
على ان يكون عوضه لي ونظير التوكيل بالشحاذة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه
وله ان يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس
له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط ان يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت
بالقبض والوكيل اجنبي عن المحل فلا يمكن ان يكون اصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك
بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث تتعلق احكامه وحقوقه وهي له فلم يكن اجنبيا بعام
بل اصيلا فيه **قال** وللمشتري ان يمنع الموكل عن الثمن يعني اذا وكل رجل رجلا
ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد
وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا **قال** وان دفع اليه اي الى الموكل
صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم رده عليه
وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع
المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا يبرأ منه بل يجب عليه ان يدفع الثمن الى الوصي ثانيا
لان اليتيم ليس بقبض ماله اصلا فلا يكون له الاخذ من المدين ويكون الدفع اليه تضييع
فلا يعتد به واما الموكل في مسئلتنا فمتصرف في ماله ولا يتقدم عليه احد فيه فيكون
قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث
يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق وكان
القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ومما يتعلقان بالمتعاقدين فكذا القبض في الصرف
وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا
لو كان للمشتري دين على الموكل يقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق
التقاص ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له الوكيل
دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن للموكل لانه قضى دينه بماله بخلاف
الصرف حيث لا يقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده
حقيقة او حكما باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله
لا يقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز

ابراؤه

ابراؤه فكذا يقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا يقع ووجه البناء ان المقاصة ابراء
بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل
اولى عندهما كما لو ابرأه منهما فانه يبرأ بابراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول
ابي يوسف رحمه الله استحسان ووجهه ان الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل
لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما امره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن
ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يضمن ضمانا وجه قولهما ان الابراء
اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل ليس له ان يمنعه من
ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يتمكن من ذلك فكان هو بالابراء ممتنعا عن القبض
مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه بقبضه يعين ملك الآمر في المقبوض واذا انسد
عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن اذا اعتق المرهون ينفذ
اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية
العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف ابراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشرا

جهالة الاصل ان الجهالة ان كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والا فلا
والجهالة ثلاثة انواع فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن
او لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب او دابة او نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي
ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس او حمار او ثوب هروي ومروي او
نحو ذلك فانه يجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا يجوز والحجة عليه ما روي
انه صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولان جهالة النوع لا
تخل بالمقصود ويمكن رفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى لو ان عاميا وكل
رجلا بشراء فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس
كما وكله بشراء عبد او جارية ان بين الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او حبشيا
او نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان الثمن يعلم من اي
نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة
بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك
القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا تفيد المعرفة **قال** امره بشراء ثوب هروي
الصفة او فرس او بغل صح سمى ثمنا او لا لانه لم يبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي
متحملة في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بان ينظر في حاله اذا اختلف

لا يوجب اختلاف اصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه
ببيان جنس الثمن يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشرا هروي على اي صفة
كان ولانا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يمكن الوكيل
من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع قال
وبشرا عبد او دار جاز ان سمى ثمنا والا فلا لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس
والنوع وليست بفاحشة يسيرة فاذا بين منه علم من اي نوع مقصوده لان ثمن
كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق جهالة النوع بذلك فجازت الوكالة
به وان لم يبين منه التحق بجهالة الجنس فلم يجز الوكالة به وهذا لانه باعتبار
منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال اجناس مختلفة فان الجمال
منفعة مطلوبة من بني ادم ولهذا جعل رويه الوجه من بني ادم كرويه الكل
لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة تختلف
التركي والهندي والسندي والحبشي والتكروري وكذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة
به مقصوده لانه انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فبعد
التصريح بنوعه اولى ان يجوز قال وبشرا ثوب او دابة لا وان سمى ثمنا
يعني لو وكله بشرا دابة او ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان هذه الجهالة
في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل
من انواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل ان يقول اني عنيت خلافه والامر بما لا يمكن
الامتثال به باطل فتلخص لنا من جميع ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز
الوكالة به مطلقا وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت
انواعا فان ذكر الثمن او النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين التحق بالاول
فلم يجز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم
فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين
مختلفين بالشخص وقيل كل اسم انتظم اشيا نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار
ما دونه هذا الذي ذكرنا كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة
على العموم بان قال ابتع لي ما رايت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رايه فاي
شي اشتراه له يكون ممتثلا فكذا لو قال اشتر لي بالف ثيابا او دوابا او اشيا
او ما شئت او ما رايت او اي شي حضرك او ما توجد او ما يتفق جاز لان التعميم دلالة
التفويض الى رايه وكذا لو قال اشتر لي بالف ولم يعين جازت الوكالة وتصير مستقرضا
للالف منه وتصير البايع قابضا للامر ولا يحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا

ثوب ح

ولانه

لحصول العلم ح

اذا قال اجعله

اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشتر لي به
ولم يرد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام وكانه قال اشتر لي ما بدا لك
او قال سلطتك على الشرا وكذا لو قال اذنت لك ان تشتري به لما بينا قال
وبشرا طعام يقع على البر ودقيقه اي لو وكله بشرا طعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها
حتى لا يكون له ان يشتري له غيرهما من الطعام والقياس ان يتناول كل طعام لانه اسم
له كما لو حلف لا ياكل طعاما ووجه الاستحسان ان الطعام مقرونا بالبيع او الشرا
يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل فبقي على حقيقته فيحنث
باكل اي طعام كان حتى لو حلف لا يشتري او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا
وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين
الامرين فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف
انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها فهو جاز له ان
يشتري الخبز له لان حاله تدل على انه ما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة
اذ الخبز لا يقبل الادخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو
في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما ورا النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن
اكله يعني المهيا للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال الصدر الشهيد
رحمه الله وعليه الفتوى واذا دفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز
على الامر لانه وكله ان يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المكيلات
والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمي له
قال وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده يعني من غير امر الموكل
لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به
قال ولو سلمه الى الامر لا يرده الا باذنه لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم
اليه ولان في رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه
ولانه اصيل في حق الحقوق نايب في حق الحكم على اصح الاقوال فكان له جانبان جانب
النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة قبل الدفع وبجانب
النيابة بعده وقد امكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط
حق الرد لما ذكرنا انه اصيل في الحقوق وهذا على قولهما ظاهر لانه يملك الابرا عن
الثمن فبالعيب اولى واختلف المشايخ على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى منهم من صحح الابرا
وفرقوا بين هذا وبين الابرا عن الثمن بان الابرا عن الثمن يحتمل ان يكون تبرعا به
لاحتمال ان يكون المشتري املى من الوكيل فاذا ابرى بقي دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس

ت

الجنس ح

الى الموكل ح

فتضرر به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيه على خياره ان شاء رضي بالعيب واخذه
وان شاء رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرائه ولا يسقط خياره به وهذا لان بينهما
مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من الموكل ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن من
الموكل فاسقاط حقه في العيب لا يوجب سقوط حق من اشتراه منه قال
ويحبس المبيع بثمن دفعه من ماله اي الوكيل بالشرا اذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع
يحبس المبيع الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من ان المبادلة الحكمية قد جرت بالثمن صح
بينهما وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرد
عليه ولو اختلفا في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه
ولان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار
كما لو اذن صريحا فيرجع به عليه ويحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لتنزله منزلة البائع
وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن ايضا له ان يحبسه عنه وهذا
لانه لما نزل منزلة المشتري منه اخذ حكمه والمشتري لا يمكن من اخذه حتى يوفيه ثمنه
كما لو كان بائعا له حقيقة فحقيقة ان حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل
لاجل انه بائع له حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن او لم ينقد وقال
زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نائب عنه فيقوم يده مقام يد الموكل المبيع صح
ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس بعد القبض وهذا لان المبيع امانة في يده وليس
للامين حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل
ببدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما لو باعه اياه حقيقة وقد ذكرنا
ان بينهما مبادلة حكمية ولهذا يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند
الاختلاف في الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم ان قبضه قبض الموكل
بل قبضه يجوز ان يكون لاحياء حق نفسه ويجوز ان يكون ليتمم مقصود الموكل فيتبين في الاخر
بحبسه ان القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الامر موقوف فلا يحكم
عليه بشيء ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر على القبض على وجه لا يصير
الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ
في سقوطه ضرر عليه قال فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم
يسقط الثمن لان الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فلم يمتنع
منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الامر فكان له ان يرجع عليه بخلاف ما
اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس ويتبين به انه قبضه لنفسه ۞ قال
وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك بالثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد

قال زفر هو كالغصب فيضمن جميع قيمته لانه ليس له ان يحبسه عنده فبالحبس يكون
متعديا كالمودع يمنع الوديعة عن صاحبها وقال ابو يوسف رحمه الله هو كالرهن
فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفا بعد
ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه
البائع او لم يحبسه حقيقة ان حبسه للاستيفا بعد ان لم يكن محبوسا قلنا ان اصل العقد
لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فان المبيع فيه يكون محبوسا من اول
ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما ان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من
الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ
بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف
الشايع والحبس حكم الرهن لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل يثبت
الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا
ان الوكيل والموكل ملكا ان المبيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه
يملكه بعقد جديد فما شرط في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني قال
ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل لان المستحق فيهما قبض العاقد
والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي او العبد
المحجور عليه لان قبضه صحيح وان لم يتوجه عليه المطالبة فهو في حكم صحة القبض
كوكيل تتعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وان فارقه
قبل القبض بطل العقد لفوات شرطه وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد
بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول
ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبضا عن غير العاقد فلا
يجوز واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر
مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب
البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكر فيه بعده باسطر فقال المعتبر بقا
المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى وكالة المبسوط والظهيرية
واطلاق سائر الكتب دليل على ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا وفي
قوله تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشارة الى ان التوكيل فيهما جائز
وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز ان يوكل به كسائر انواع البياعات والاجا رات
وهذا في الصرف يجري على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم
فانما يجوز بدفع راس المال فقط واما باخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال

وكذا العود في [illegible] العيب [illegible] بخلاف [illegible]

يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له واذا اسلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا **قال** ولو وكله بشرى عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان هذا خلاف الى خير لان المامور به صرف الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرون منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الآمر انما قال بما يساوي عشرة ارطال منه درهما بدرهم وجه الاول انه امره بشرى عشرة ولم يأمره باكثر منه فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر بخلاف ما استشهد به لان الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسئلة اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على اجزائه على السوا وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يكون موافقا بمثله عنده هنا كما اذا امر ان يطلق امراته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شي عنده وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا يقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق فيهما شرط لانا نقول ذلك فيما اذا لم يجد نفادا على الوكيل واما اذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الامر وهذا لان الشرا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفادا والعشرة داخلة في العشرين فنفود العشرين نفود العشرة بخلاف ما ذكر في مسئلة الطلاق والشهادة فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على غير الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه **قال** ولو وكله بشرا شي بعينه لا يشتريه لنفسه معناه لا يتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشرا لنفسه او يتلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا او صرح بانه يشتريه لنفسه كان المشترى له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له

يساوي صح

ان يعزل نفسه من غير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل بنفس العبد ان يشتريه له من مولاه او وكل العبد رجلا ان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى انه يشتريه فيهما للآمر مع انه وكيل بشرا شي بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمها على ما نبين من قريب ان شا الله تعالى وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امراة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشرا الداخل فيها شرا مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شي اتى به لا يكون مخالفا به اذ لا يعتبر في المطلق الا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على اي وصف كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن او قدره كان مثله على ما نذكر من قريب ان شا الله تعالى ولو وكله رجل اخر بان يشتري له ذلك الشي بعينه فاشتراه كان للموكل الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشرا لنفسه فاولى ان لا يملك الشراء لغيره

له صح

قال فلو اشتراه بغير النقود او بخلاف ما سمي له من الثمن وقع للوكيل لانه خالف امره فينفذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غايب كان الملك للوكيل الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا يمكن نقل الكلام اليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا كان غائبا وبخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رايه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشي بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشرا بمنزلة المالك وهو اصيل فيه فله ان يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فاجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشرا فيما ذكرنا **قال** وان كان بغير عينه فالشرا للوكيل الا ان ينوي للموكل او يشتريه بماله اي ان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا كان نوى الشرا للموكل او يشتريه بماله والمراد بقوله او يشتريه بماله ان يضيف العقد اليه وهذه المسالة على وجوه اما ان يضيف العقد الى دراهم معينة او الى مطلق من الثمن فان اضافه الى معين كان المشترى لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر انه يضيف الشرا الى ماله من يشتريه له وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة به

ودينه يمنعه من أن يشتريه لنفسه بإضافة العقد إلى مال غيره لأن ذلك مستنكر
شرعاً وعادةً فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما إذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد
إلى ماله وهو ليس بمستنكر شرعاً وعرفاً فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وإن نوى
خلاف ذلك جرياً على مقتضى العرف والشرع ثم إذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه
لنفسه يجب عليه الضمان وإن أضافه إلى ثمن مطلق فلا يخلو إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً
فإن كان حالاً فلا يخلو إما أن يتصادقا على وجود النية لأحدهما أو على عدمها أو يختلفان
فيه فإن كان حالاً واتفقا على وجود النية لأحدهما كان لمن نوى له لأن الثابت باتفاقهما
كالثابت عياناً وإن اتفاقهما حجة عليهما ولا يلتفت إلى النقد ولا عبرة في هذه الحالة
لأن له أن يشتري لنفسه وللموكل فإذا عينه بنيته فقد تعين ويكون ما ينقد من مال
الموكل غاصباً فيما إذا نواه لنفسه وإن اختلفا في النية يحكم النقد بالإجماع لأن دلالة
على التعيين مثل دلالة إضافة الشراء إليه لأن الظاهر أن يفعل ما يجوز له شرعاً
ويجري على عوائده وإن اتفقا على أنه لم يحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقد
لأن ما يطلقه الإنسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمأمور بالحج إذا أطلق
ولم ينوه للمحجوج عنه وعند أبي يوسف رحمه الله يحكم النقد لأن المطلق يحتمل التقييد
فبقي موقوفاً فمن أي المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المأمور
بالحج فإن الحج عبادة وهو لا يتأدى إلا بالنية فكان مأموراً بأن ينوي الحج عن المحجوج
عنه فإذا لم يفعل كان مخالفاً وأما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها
مخالفاً فبقي الحكم موقوفاً على النقد والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه
حتى حكماً ولا الإضافة فيكون المسلم فيه لمن يضيف عقد السلم إلى ماله ثم النية
فيكون لمن نوى له بالعقد إن تصادقا على النية وإن تكاذبا فيحكم النقد وإن تصادقا
على أنه لم يحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في الشراء أنهما إذا تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالإجماع يكون
للعاقد وإنما الخلاف في السلم لأن للنقد فيه أثراً في نفس العقد فيستدل به على
وقوعه كمن نقد من ماله بخلاف الشراء فمن قال هذا القائل لأبي يوسف رحمه الله بهذا
الفرق وإن كان الثمن مؤجلاً فهو للوكيل لأن النقود تتعين في الوكالة فإذا اشترى
بثمن مؤجل لم يضف العقد إلى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفاً قال وإن
قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وإن كان دفع إليه الثمن فللمأمور
معناه أمره أن يشتري له عبداً بألف مثلاً ثم قال المأمور اشتريت لك عبداً وقال
الآمر اشتريته لنفسك كان القول للآمر إن لم يكن الثمن مدفوعاً إلى الوكيل وإن كان

قوله

مدفوعاً إليه

الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين

مدفوعاً إليه كان القول للمأمور وهذه المسألة على ثمانية أوجه إما أن يكون مأموراً
بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حياً حين أخبر
الوكيل بالشراء أو ميتاً فإن كان مأموراً بشراء عبد (بعينه) فإن أخبر بشرائه والعبد حي قائم
فالقول للمأمور إجماعاً منقوداً كان الثمن أو غير منقود لأنه أخبر عن أمر يملك
استئنافه والمخبر به في التحقيق والثبوت يستغني عن الإشهاد فيصدق كقوله لمطلقته
راجعتك وهي في العدة وكذبته فإن القول له وبهذا وقع التقصي عن الولي إذا
أقر على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه لا يملك
إنشاءه شرعاً لعدم الشهود إذ هو لا يثبت إلا بالشهود بخلاف الشراء فإنه يقدر على
إثباته شرعاً بدون الإشهاد وإن كان العبد ميتاً حين أخبر فقال قد هلك عندي بعد
الشراء وأنكر الموكل فإن كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لأنه أخبر عما لا يملك
استئنافه لأن الميت ليس بمحل لإنشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر
منكر فكان القول قوله وإن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور مع يمينه لأن الثمن
كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذي أمره به
فكان القول له وإن كان العبد بغير عينه فإن كان حياً فقال المأمور اشتريته
لك وقال الآمر لا بل اشتريته لنفسك فإن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه
أخبر عما يملك استئنافه وإن لم يكن منقوداً فالقول (للآمر) عند أبي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما القول للمأمور لأنه أخبر عما يملك استئنافه فيصح كما في المعين وعند
أبي حنيفة رضي الله عنه القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى
الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل
قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعاً وكم من شيء يثبت ضمناً
وتبعاً وإن لم يثبت قصداً وبخلاف ما إذا كان العبد معيناً لأنه لا يملك أن يشتريه
لنفسه بذلك الثمن حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله أن الثمن إن كان
منقوداً فالقول للمأمور في جميع الصور وإن كان غير منقود ينظر فإن كان الوكيل
لا يملك الإنشاء بأن كان ميتاً فالقول للآمر وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور
عندهما وكذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة
القول للآمر قال وإن قال بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الأمر أخذه فلان
أي رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فإني أشتريه له فباعه ثم أنكر المشتري أن
يكون فلان أمره فقال فلان للآمر به فإنه يأخذه لأن قوله بعني لفلان إقرار منه بأنه
وكله فإذا أنكر الوكالة بعده صار متناقضاً فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال

الا ان يقول لم آمره به اي الا ان يقول فلان المشترا له لم امره بالشرا فحينئذ لا ياخذه
بل يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار ربما يرتد بالرد فينفذ على
المشتري لان الشرا اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري **قال** الا
ان سلمه المشتري اليه اي الى فلان المشترا له فيكون له بالتسليم لان اقراره الاول
قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان المشترا له واخذه
انعقد بينهما بيعا جديدا بالمعاطاة فيكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي
كمن اشترى لغيره شيا بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشترا له ودلت
المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس
وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات
المالية لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض **قال** وان امره بشرا عبدين
معينين ولم يسم ثمنا فاشترا له احدهما صح لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن
مقدر فيجوز ان يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن او اقل او بزيادة يتغابن
الناس في مثله وليس له ان يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشرا ليس له
ان يشتري بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي حنيفة رضي الله عنه
على ما يجي من الفرق بينهما له وبخلاف ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف
في بعض صوره على ما يجي وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة ولانه قد يتعذر الجمع
بينهما الا بما يتغابن الناس في مثله فيكون شرا احدهما حيله لتحصيلهما فوجب
القول بالنفاد **قال** وشراهما بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما
بنصفه او اقل صح وبالاكثر لا الا ان يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومه اي لو وكله
بشرا العبدين بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بنصف الالف او اقل جاز الشرا
وباكثر من نصف الالف لم يجز حتى لم يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت لانه قابل
الالف بالعبدين وقيمتهما سوا فيقسم عليهما نصفين دلالة فيكون امرا بشرا كل
واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشرا بخمسمائة موافقه وباقل منها مخالفة الى خير
وباكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشتري الباقي بما بقي من الالف قبل ان
يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف قد حصل وما
ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها فلا يعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من
نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله العبد الباقي
فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا فلا يتقيد ثمن كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق

يحمل على المتعارف

يحمل على المتعارف وهو الشرا بالقيمة او بزيادة يسيرة يتغابن الناس فيه
ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من ان يبقى من الالف قدر ما يشترى
بمثله الباقي ليحصل غرضه **قال** وشرا هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو
غير عين نفذ على المامور اي لو كان له دين على شخص فوكل الداين المدين بان يشتري له
هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكله بشرا عبد غير معين
فاشترى لا يكون للامر بل ينفذ على المامور حتى لو مات عند المامور قبل ان يقبضه الامر مات من مال المامور
والالف عليه فان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو لازم
للامر في الوجهين وعلى هذا اذا قال الداين للمدين اسلم الدين الذي لي عليك الى فلان
جاز وان لم يعين فلا فما لم يجز عنده وعندهما يجوز كيف ما كان وكذا لو امره بان
يصرف ما عليه من الدين واصله ان التوكيل بالشرا اذا اضيف الى دين لا يصح عند
ابي حنيفة رضي الله عنه اذا لم يكن البائع او المبيع متعينا وعندهما يصح كيف ما كان لهما
ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كانا او دينا ولهذا لو اشترى شيا بدراهم
على المشتري ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشرا ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار
الاطلاق والتقييد به سوا كما في غير الدين حتى اذا وكله بان يشتري له عبدا ولم يعين
الالف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار كما لو قال تصدق بما لي عليك
من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا الواجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر
بالمرمة من الاجرة او اجر دابته وامر المستاجر ان يشتري بالاجرة علفا ويسوق
الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع او المبيع متعينا ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها او بالدين منها
ثم هلك العين واسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين
من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم يقبضه لنفسه وتوكيل
المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف
ما لا يملكه الا بالقبض قبله لقبض وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من
شيئ بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعينه
فيصير البائع او لا قابضا له ثم يملكه وبتعين المبيع تعين البائع فكان به معلوما وبخلاف
ما اذا امره بالتصدق لانه جعل ما له لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير ينتصب نائبا
عن الله تعالى في قبض حقه والله تعالى محيط بكل شيء علما فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما
فيصح واما مسئلة الحمام ونحوها فقيل هو قولهما وليس كان قول الكل فانما جاز باعتبار
الضرورة لان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فاقيم مقام المؤجر في القبض واما مسئلة

الحمام

التصادق وبان لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع دينا كانت او عينا
فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود
تتعين فيها وكالة امانة فيها وذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع
وكذا بعده عند عامة مشايخنا لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات
والذخيرة فعلى هذا لا يلزمنا ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه والتعليل الصحيح له ان
يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولهذا التوكيل به وانما جاز في المعين
لكونه امر له بالقبض ثم بالتملك لا يكون للمدين بالتملك وان لم يكن معينا لا يصح
الامر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما
ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على المامور حتى اذا هلك بعد القبض هلك
من ماله الا اذا قبضه الامر فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون للامر قال
وشرا امة اي وكله بشرا امة بالف ودفع فاشترى فقال اشتريت بخمسمائة وقال
المامور بالف فالقول للمامور يعني اذا كانت الامة تساوي الفا لانه امين ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه حق الرجوع بخمسمائة والمامور ينكر فكان القول
قوله وان كانت تساوي خمسمائة لا يلزم الامر لانه خالف امره اذ الامر يتناول
امة تساوي الفا فينفذ على المامور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور
لا يملك ان يخالف الامر ولا ان يشتري بغبن فاحش ولا فرق في ذلك بين ان يشتريها بالف
او بخمسمائة لما ذكرنا انه مخالف قال وان لم يدفع فللامر اي ان لم يدفع الامر
الالف الى المامور والمسالة بحالها كان القول للامر ويلزم الامة المامور وهذا
فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش ولو
كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لانهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل
وقد جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بينا من قبل ثم اذا حلفا يفسخ العقد بينهما ويلزم
الجارية المامور لانتقاض ملك الامر بالفسخ قال وشرا هذا اي وكله بشرا
هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريت بالف وصدقه البائع وقال الامر
بنصفه وهو خمسمائة تحالفا لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير
الى التحالف كما في المسالة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع
اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد في الحال وفي المسالة الاولى هو غائب
فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو جعفر رحمه الله وقال قاضي خان وهو اصح
ومال ابو منصور الى الاول لما ذكرنا وقول البائع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن
فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الامر فلا مدخل له بينهما وقال في الهداية

وهو اظهر

وهو اظهر وقال في الكافي هو الصحيح وقد نص محمد رحمه الله في الجامع الصغير ان القول
للمامور مع يمينه فلو كان مراده التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل لان الوكيل هو
المدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين
المدعي دون المنكر اذ ذاك لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولولا
مراده التحالف لكان القول قول الامر لكونه منكرا فكان ياخذ المبيع بما ادعاه
من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المامور هكذا ذكره المشايخ رحمهم الله الا ان
فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل
على ذلك ولا على الاول فان قوله ان القول للمامور مع يمينه يدل على ان المامور
يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما
قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه له بالف وان اختلفا فيه
فقال الامر امرتك ان تشتريه لي بخمسمائة وقال المامور امرتني بالشراء بالف
فالقول قول الامر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله ويلزم
العبد المامور للمخالفة فان اقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا
قال وشرا نفس الامر من سيده بالف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه
فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال اشتريته فالعبد للمشتري والالف
لسيده اي لو وكل العبد رجلا بشرا نفسه من سيده بالف والامر هو العبد ودفع
الالف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشرا انا اشتري عبدك لنفسه
فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته ولم يبين انه يشتريه
لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والالف الذي اخذه من العبد
ودفعه الى المولى كان للمولى فيهما مجانا ووجب على المشتري او على المعتق الالف واصله
فقوله م ان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشرا العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره
بيعا حقيقة غير ممكن اما ان العبد ليس باهل للملك او لاستحالة ان يملك نفسه فجعل
مجازا عن الاعتاق لوجود ان الة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار
البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه
واذا اطلق الوكيل ولم يبين للمولى انه يشتريه لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر
هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما فيه من
لزوم ولائه وعقل جنايته فلا يكون الشرا للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث
يدخل في ملك الموكل بالشرا من غير ان يبين للمولى انه يشتريه لموكله لان حكم العقد
فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله اذ الكل بيع والوكيل اصيل فيه في الحالين

حتى تتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه إلى البيان وهنا أحدهما إعتاق ومعقب للولاء ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيع وأحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه بأحدهما على الرضا بالآخر فلا بد من البيان فإذا لم يتبين يثبت الملك للوكيل والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري أو على العبد إذا أعتق ألف مثلها ثمنا أو بدل العتق لأن الأداء قد بطل لاستحقاق المولى فما أداه بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم إذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لأنه العاقد والمالك للعبد فيرجع الحقوق إليه وإن بين أنه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد رحمه الله في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة أن العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير أن العبد يعتق والمال على الوكيل لأن توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الأول لأن وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع حقيقة ولهذا لا يستغني عن إضافته إلى العبد الآمر له فلا تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الآمر كما إذا كان الآمر يريد بيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث الطالب بالبدل إلى المولى دون الوكيل لما قلنا **قال** وإن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للآمر وإن لم يقل لفلان عتق أي إذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكا للآمر وإن أطلق العبد بأن قال بعني ولم يقل لفلان عتق وأصله أن العبد يصلح أن يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لأن جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجنبي عن نفسه في حكم المالية إلا أن البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي البدل لأن العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع إذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره إذا ثبت هذا فنقول إذا أضاف العقد إلى الموكل كان ملكا للموكل وإذا أضاف الشراء إلى نفسه بأن قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال إن العبد وكيل بشراء شيء معين فوجب أن لا يجوز له شراؤه لنفسه لأنا نقول إنه يحصل أكثر من التصرف لأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لأن الوكيل بشراء شيء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل وإن أطلق بأن قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق أيضا لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع

امتناعا بالشك

امتناعا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولا يقال إن البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد إذ الحمل على الحقيقة هو الأصل بالاتفاق لأنا نقول الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فتعارض الأصلان فتساقطا فيرجح إلى غرض المولى فإنه لما اختلف التصرفان فالظاهر أن المولى يريد الإعتاق إذ بيع العبد من نفسه مطلقا إعتاق واقتصاره على إضافته إلى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه لا إلى الحرية لئلا يثبت له الولاء عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الآمر أما إذا وقع الشراء له فظاهر وأما إذا وقع للآمر فلأنه هو المباشر للعقد فيرجع إليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به على الآمر ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل إذا كان محجورا عليه لا يرجع الحقوق إليه لأنا نقول إن الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترنا بإذن المولى ثم إذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد لأنه بيع فلا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول وإن وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد بعد قوله بعني نفسي لأنه إعتاق فيستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع

فصل

قال الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له وذلك مثل قرابة الولاد وأحد الزوجين للآخر وعبده وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لأن الأملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملك العبد ملكه له وله في مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه أو تمكنت شبهته وبخلاف الغبن الفاحش ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذه مواضعها لأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه ألا ترى أن رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وأنه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لأنه بمنزلة من يبيع مال نفسه على أنه عند بعضهم هو كالوكيل يجوز وإنما يجوز البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا لنا أن نمنع قولهما هذا إذا لم يطلق له الموكل وأما إذا أطلق له بأن قال الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة وذكر في النهاية أن الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع

وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رضي الله عنه روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراوه ممن لا تقبل شهادته له على هذا التفصيل الا اذا كان بمثل القيمة يجوز ههنا عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احداهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها **قال** ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعروض والنسيئة يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى اجل متعارف لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فتتقيد التوكيل بها بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة او مؤجلة باجل متعارف فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الاضحية والفحم والجمد بايام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فصار كالوكيل بالشرا والبيع بالعرض شرا من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر بالبيع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد او بقيمة والبيع بالغبن الفاحش او بالعرض او بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به ديني او للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من ان يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف لا يبيع يحنث به ويستحق الكل بالشفعة واليمين ينصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملكه الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بماليته في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشرا متهم لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما راى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم والمسايل المستشهد بها ممنوعة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه والمقايضة بيع من كل وجه شرا من كل وجه لان كل واحد منهما بيع ماله ويشتري مال الاخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشرا لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشرا شي بعينه حيث لا يكون له ان يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراوه لنفسه لانه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا زوجه باكثر من مهر

بين الناس وبيع ما يساوي العشرة الى ماية سنة غير متعارف صح

بنقد صح

٢٩٥

مثلها جاز لعدم التهمة **قال** ويتقيد شراوه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين اي يتقيد شرا الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراوه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة رضي الله عنه قد ذكرناه وفرق اخر ان امره بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشرا ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على اخص الخصوص وهو الشرا بالنقد وبمثل القيمة فيتقيد بها ولان الاعتبار للاطلاق في الشرا غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشترى بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترقا ولذا ليس له ان يشتري بمكيل او موزون غير النقدين دينا في الذمة لان التوكيل بالشرا يتقيد بالمتعارف وهو الشرا بالنقدين وقال زفر رحمه الله له ذلك حتى لو اشتراه به ينفذ على الموكل لانه شرا من كل وجه اذا الموصوف منه ثمن بخلاف ما اذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير ههنا مما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله عادة الا عمدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة في التصرف فلما كانت الممارسة فيه اقل كان الغبن فيه اكثر يعفى عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفي النهاية جعل هذا القدر معفوا وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي وقيل لا يتحمل الغبن اليسير ايضا وليس شي هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا **قال** ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا فصار كما لو وكله ببيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه اولى ان يجوز وقال ابو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد اذ هو عيب ويتنقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز ~~الا يجوز~~ الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال

بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف
المكيل والموزون لانه لا ضرر في تبعيضه ولا ينقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة اهون
من ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه
قال وفي الشرا يتوقف ما لم يشتر الباقي اي في الوكيل بشرا العبد اذا اشترى
نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل
وهذا بالاجماع لان شرا البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان العبد بين
جماعة فلم يقدر على شرا ~~البعض قد يقع~~ كله دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه
شقصا فشقصا حتى يشتري الكل قبل رد الامر الشرا تبين انه وسيلة فينفذ على فاذا اشترى الكل م
الامر وان لم يشتر حتى رد الشرا نفذ على المامور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند
ابي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا والفرق له بينهما ان الشرا يتحقق فيه التهمة دون
البيع على ما مر بيانه ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه ولا مر
بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد فيتوقف
على شرا الباقي ولا يقال ان الشرا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فكيف يمكن القول
بالتوقف لانا نقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد واما اذا لم يجد
فيتوقف كشرا العبد والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير امره فانه يتوقف على
اجازة من اشترى له لانه لم يجد نفاذا على المشتري فكذا هنا شرا النصف لا ينفذ
على الوكيل لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه
ولا على الامر لانه لم يوافق امره من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم
الامر والا لزم المامور ولا فرق فيه بين التوكيل بشرا عبد بعينه او بغير عينه فلو
اعتقه الامر في زمن التوقف نفذ عتقه عند ابي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عتق
المامور وعند محمد رحمه الله بالعكس لانه قد خالف فيما امره به وانما يتوقف عليه
من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي قبل وقوع الخلاف فقبل ان يشتري
بقي مخالفا واذا اعتقه الامر لم ينفذ وابو يوسف رحمه الله يقول ان العقد
موقوف على اجازة الموكل الا ترى انه لو اجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة
منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك
الوكيل شراه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه هكذا ذكره في النهاية
معزيا الى الايضاح قال ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة
او نكول رده الى الامر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله لان البينة حجة مطلقة والوكيل
مضطر في النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الامر واقراره ليس بحجة على الموكل

وانما يرده عليه اذا رده عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لان القاضي يعلم ان العيب
كان في يد البايع فلم يكن قضاوه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول وحاصله
ان العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا كالسن الزايدة والاصبع الزايدة او يكون
حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة او يحدث في مثلها فان كان غير حادث
رده القاضي بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان حادثا لا يحدث
في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البايع لكنه م
وتاويل اشتراط البينة او النكول او الاقرار في الكتاب ان الحال قد تشتبه على
القاضي بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ او كان عيبا لا
يعرفه الا الاطبا او النسا وقولهن حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى الحجة
للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شي منها وان كان
عيبا يحدث مثله فلذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة حجة في حقه فيرده عليه مطلقة وكذا النكول حجة م
ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل يكون ردا على الموكل وان رده عليه في
هذا النوع باقرار بغير قضا القاضي لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة
فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ويكون له ان يخاصم الموكل فيرده عليه
ببينة او بنكوله وان رده عليه باقراره من غير قضا فليس له ان يرده على الموكل برضاه م
لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقرار ره
بقضا قاض لان الرد حصل بالقضا فكان فسخا لانعدام التراضي وهو شرط في المقا وضه
بلة فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار
فعملنا بهما من حيث ان الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند
الى دليل قاصر لم يلزم الموكل الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث
او كان حادثا الا انه لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء
لزم الوكيل وليس له ان يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع انه
يكون ردا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا يكلفه القاضي
على اقامة البينة ولا على الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق
متعينا في الرد قلنا الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان
الحق متعين في الرد بل يثبت حقه اولا في وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد
ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب او بزيادة حدثت فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان
فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الرواية في الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين
تفاوت كثير لان فيه نوعا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاوفق ان يقال

لا يلزمه ولكن له ان يخاصم **قال** وان باع نسيئة فقال امرتك بنقد وقال
المامور اطلقت فالقول للآمر اي الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل امرتك ان
تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول قول الموكل
لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس والثمن الا ترى
انه لو قال وكلتك ان تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي ليس له الا الحفظ
فاذا كانت مبناها على التقييد وهو مستفاد من جهة الامر كان القول له كما اذا
انكر الامر اصلا **قال** وفي المضاربة للمضارب اي باع المضارب نسيئة
فقال رب المال امرتك ان تبيعه بنقد وقال المضارب اطلقت كان القول للمضارب
لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم الا ترى انه يملك التصرف المعتاد من
شرا وبيع وابضاع وتوكيل واستيجار وايداع بذكر لفظه المضاربة فقامت الدلالة
على الاطلاق ومن ادعاه فيها كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول له لان
الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع اخر حيث
يكون لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما فاشبهت الوكالة التي ليست فيها
شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع تقتضيه نقدا ونسيئة الى اجل متعارف عندهما
والى اي اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث تتقيد باجل متعارف بين التجار
على ما يجيء في موضعه ان شاء الله تعالى **قال** ولو اخذ الوكيل بالثمن رهنا
فضاع او كفيلا فتوى عليه لا يضمن اي الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه اصيل في
الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها ولان
قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده بعد
القبض فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك اخذ الرهن ولا الكفيل
لانه يقبض نيابة عن الامر ولهذا لا يملك الابراء ويملك الامر منعه ولا كذلك
الوكيل بالبيع ولولا انه اصيل فيه لكان رسله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة
لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات
الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشيء لان المراد هنا توى مضاف الى
اخذه الكفيل حتى انه لو لم ياخذ كفيلا لم يتو دينه كما في الرهن والتوى الذي ذكره
هنا غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا ايضا لتوى بموت من عليه
الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا
بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال
المراد بالتوى توى يضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى

والمضارب في نوع اخر

براءة الاصيل

براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان
يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا **قال** ولا يتصرف احد
الوكيلين وحده لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ولو كان البدل مقدرا
لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع
والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي وامكن اجتماعهما فيه
وكان توكيلهما بلفظ واحد واما ما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق والعتاق
بغير عوض او لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان يتصرف فيه دون
صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي
براي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين
اذا اوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف
في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة
والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد
كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان
احدهما حرا بالغا عاقلا والاخر عبدا او صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع
احدهما بحضرة صاحبه فان اجازه صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فاجاز
لم يجز في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وان مات احدهما او ذهب عقله لم يجز
للاخر ان يتصرف وحده لعدم رضاه برايه وحده **قال** الا في خصومة
وطلاق وعتاق بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين لان في هذه الاشياء لا يحتاج فيها
الى الراي والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الراي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس
القاضي متعذر لانه يؤدي الى التلبيس على القاضي والى الشغب والراي يحتاج اليه
سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه
لم يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل
لا يحتاج فيه الى الراي الا اذا قال طلقاها ان شئتما او جعل امرها بايديهما
فحينئذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا او يكون تعليقا فيشترط فعلهما
لوقوع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود احدهما وعلى هذا لو قال
طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق احدهما ولو قال
طلقاها جميعا ثلثا فطلقها احدهما طلقة والاخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا
يحتاج فيه الى الراي فرد احدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادها
حيث لا يكون لاحدهما ان يقبض دون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض

صحيح لان حفظ الاثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه احدهما ضمن كله لانه قبض بغير
اذن المالك اذا امره بهما وهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مامورا في حال الانفراد
بقبض شيء منه وقضا الدين مثل رد الوديعة واقتضاوه مثل استرداد الوديعة
قال ولا يوكل الا باذن او باعمل برايك اي لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا ان
ياذن له الموكل او يقول له اعمل برايك لانه رضي برايه ولم يرض براي غيره ولان
المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف
التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه اصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل
ولا نهيه عنه ويملكها بما يخرج فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه
ووكل كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول ان يعزله ولا ينعزل بموته
وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة
ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا
ينعزلان بموته والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه
هو او ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه
قال فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته او باع اجنبي فاجاز صح اي ان
وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول او عقد اجنبي
فاجازه الوكيل الاول جاز فيهما لان مقصود الموكل حضور رايه وقد حصل به وكذا
لو عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه لان المقصود
وهو حضور رايه قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر للاول الثمن للثاني جاز
عقده في غيبته لحصول المقصود باستعمال رايه في تقدير الثمن بخلاف ما اذا
وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما ان يتصرف بدون صاحبه
لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في نقصانه في الشرا وفي الزيادة في البيع وفي
اختيار من يعامله بل هو مقصود ظاهرا لان تفويضه اليهما مع تقدير البدل دليل
عليه بخلاف ما اذا كان المامور واحدا لان غرضه استعمال رايه في معظم الامر
وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لان المقصود في الوكالات الاسترباح عادة
وهو زيادة البدل وقد يتعذر البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل
واختلفوا في العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر الباقلي
في فتاويه ان الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر في المجموع ايضا لان الموكل رضي بلزوم
العهدة للاول دون الثاني وذكر في الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني وهو الصحيح
لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغي

ان يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غائب فاجازه او عقد اجنبي فاجازه
الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق
الثاني بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول دون الثاني
وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه قال وان زوج عبد او مكاتب
او كافر صغيرته الحرة المسلمة او باع مالها او اشترى لها لم يجز لانه لا ولاية
لهؤلاء الا ترى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك نكاح غيره وكذا الكافر
لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد اصلا والمكاتب عبد ما بقي
عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليتحقق معنى
النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة
في التفويض اليهما ولا فرق في ذلك بين ان يكون الكافر ذميا او حربيا واما
المرتد فان ولايته على اولاده وامواله موقوفة بالاجماع لانه يبتنى على النظر
والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال
فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه وان مات
او قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزويجه
نفسه حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة
للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز
في الحال فصار نظير اعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف على البلوغ
اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح اولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي
او القاضي فيتوقف فان اسلم نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفاته
في ماله عندهما لانه يبتنى على الملك وملكه قائم باتفاق في امواله ما دام حيا فينفذ

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال رحمه الله الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض وهذا قول زفر رحمه الله
وقال علماؤنا الثلاثة يملك القبض عينا كان او دينا لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه
وانما يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك
والمطل ونحوه فيحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا لمادتها ولان المقصود
من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو
المقصود منه ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في اصل

اللغة التقاضي لانه تفاعل من قضى يقال تقاضى دينه واقتضيت منه ديني اي اخذت والعرف
املك فكان اولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل
به توكيلا باتمامه اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة
غير القبض حقيقة وهي لا تهدي الى الحق ويختار في التوكيل به من هو الد الناس خصومة
واكثرهم كذبا وخيانة واقلهم دينا وحياء ويختار في القبض من هو اوفى الناس امانة
واكثرهم ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدلنا
على الرضا بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض
فالوكيل بها لا يملك المطالبة لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ولهذا
اختاره الشيخ رحمه الله لتغير احوال الناس وكثرت الخيانات في الوكلاء ولا فرق
في ذلك بين العين والدين لان المعنى لا يختلف فيهما **قال** وبقبض الدين يملك
الخصومة اي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء
الموكل او ابرائه به تقبل وكذا اذا جحد الغريم واقام الوكيل البينة عليه تقبل
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه
لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضا بها اذ ليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي اليها **قال** وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض
ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر البائع وكذا الطلاق والعتاق اي الوكيل
بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو اقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين ان
الموكل باعه العين لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيوقف حتى يحضر
البائع وكذا لو اقامت المراة البينة على الوكيل بنقلها ان الزوج طلقها ثلاثا او اقام
العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد اعتقه لا تقبل في حق وقوع الطلاق
والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يوقف الامر الى ان يحضر الغائب وهذا
بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسائل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين
حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة
بان لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله وكيلا في غير ما وكل به لان الامر بالشيء
لا يدخل غيره فيه الا ان لا يتوصل اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالتملك
كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لانه
لا يمكنه التحصيل الا بها والخصومة من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا
لو قبض احد الشريكين شيئا من الدين كان للاخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما

حتى كان له ان ياخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما
كما في الوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة رضي الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك
لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو
بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء
والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الشفعة ومسئلتنا
اشبه باخذ الشفعة فانه خصم قبل القبض عنده كما ان الوكيل بطلب الشفعة
خصم قبل الاخذ فاما الوكيل بالشراء فانما يصير خصما بعد مباشرة الشراء واما
الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وامينا محضا فلم يتعلق
الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف
فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر الموكل فاذا حضر
امر الخصم باعادة البينة على ما ادعى لان البينة على نفس الحق وعلى قصر اليد
والوكيل خصم في حق اليد فحسب فتقبل في حقه فيقصر يده عنه كما اذا اقام الخصم
البينة ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد **قال** ولو
اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا اي اذا اقر عند القاضي لا يصح وعنده
يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يصح اقراره عند غير القاضي ايضا وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح اقراره عند القاضي ايضا وهو قول ابي يوسف
اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها
لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الابراء والصلح ويصح
اذا استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه وكذا
لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة عندهما لقصده الانكار ولهذا
يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد بالعرف
كما تتقيد بالتقييد صريحا ولان فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه
الاب والوصي في مال الصغير مع ان ولايتهما اوفر قلنا التوكيل صحيح فيدخل تحته
ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون احد بما عينا اذ لا يجوز له ان ينكر
اذا كان خصمه محقا والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لانها سببه
فذكر السبب وارادة المسبب سائغ او لخروجه بمقابلتها او لان الجواب
يكون في موضع يكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الاقرار والانكار
عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت

قامت ع

مجازاً فيتناول الإنكار والإقرار عملاً بعموم المجاز والدليل على أنه يراد به الجواب
مطلقاً أن القاضي يأمره بالجواب فيقول له أجب خصمك ولا يأمره بالخصومة
فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعاً ولو حمل على الإنكار لا يصح إلا على التقدير
وهو أن يكون محقاً بالإنكار وإن كان مبطلاً لا يصح وهذا لأن الوكيل قائم مقام
الموكل والموكل لا يملك الإنكار عيناً وإنما يملك مطلق الجواب وهو يتعين إن
كان خصمه محقاً أو مبطلاً إن كان مبطلاً فكذا لا يملك التوكيل بالإنكار عيناً فلا يحمل
عليه لأن في حمله عليه فساده من وجه وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل
وجه فكان أولى لصحته بتعين قطعاً بلا احتمال الفساد ولو استثنى الإقرار فعن
أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه يكون توكيلاً بالإنكار فقط وهو لا يملك ذلك
عيناً فلذا لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد أنه يصح لأنه يحتمل أن يكون محقاً
بالإنكار فيملكه وتنصيصه عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح
به وعند الإطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد رحمه الله أنه فرق بين الطالب
والمطلوب فصححه من الطالب دون المطلوب لأن الطالب لا يجبر على الخصومة فله
أن يوكل بشيء دون شيء على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه إضرار
بالطالب ولأن الطالب يستحقه بالبينة أو بنكول الموكل لأن الوكيل لا يحلف
فلا يفيد استثناء الإنكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء الإنكار منهما
لما ذكرنا ولأن الإنكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة
ثم أبو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل فإقراره لا يختص
بمجلس القاضي إذا لم يكن موجباً إلا باتصال القضاء به كالبينة والنكول فأما
الإقرار فموجب بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء بخلاف الأب والوصي لأن تصرفهما
مقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن وقال
تعالى قل إصلاح لهم خير وليس في إقراره خير لهم ومما نقول إن المراد بالخصومة
الجواب مجازاً على ما بينا فيملك الإقرار من حيث إنه جواب لا من حيث إنه إقرار
والجواب يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصاً به فيقوم مقام الموكل في مجلس
الحكم لا غير ولم يكن وكيلاً في غيره فإذا أقر فيه لا يعتبر إقراره لكونه أجنبياً فلا
ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لأن إقراره على الموكل يتضمن الإقرار على
نفسه بأنه ليس له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالأب والوصي
إذا أقرا في مال الصغير لغيره فإنه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو استثنى الإنكار
صح إقراره ولذا الإنكار ولا يصير الموكل مقراً بالتوكيل بالإقرار ولو أقر الوكيل

بالخصومة

بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح إقراره لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلاً
بالجواب مجازاً باجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم وفي إقرار الوكيل يورث شبهة
في درء ما يندرئ بالشبهات **قال** ويبطل توكيله الكفيل بمال معناه إذا
كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من
الذي عليه الأصل لم يصح التوكيل لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره ولو صححنا هذه
الوكالة صار عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته فانعدم الركن فبطل ولأن قبول
قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً ولو صححناها وجب أن لا يقبل قوله لكونه
متهماً فيه بإبراء نفسه فصار نظير من أعتق عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء
ولزم العبد جميع الدين ثم إن المولى ضمن الدين للغرماء فإنه لا يصح لما ذكرنا فلذا لما
فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه
ساعياً في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك
فإذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المديون وهلك في يده لم يهلك على الطالب ولو
أبرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه
يقع باطلاً ثم إذا بلغه فأجازه لم يجز لما ذكرنا ولا يقال ينبغي أن تصح الوكالة
كعكسه فإنه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة
لأنا نقول الكفالة أقوى من الوكالة لكونها لازمة فيصلح ناسخة لها بخلاف العكس
ويجوز توكيل الكفيل بالنفس بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما **قال** ومن ادعى
أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه لأنه إقرار على نفسه
لأن ما يقبضه خالص حقه إذ الديون تقضى بأمثالها فيكون مقراً بوجوب دفع ما له
إليه حتى لو ادعى أنه أوفى الدين إلى الطالب لا يصدق لأنه لزمه الدفع إلى الوكيل
بإقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه كما لو كان
الموكل حاضراً وادعى ذلك وله أن يتبع رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل
بالله تعالى ما تعلم أن الطالب قد استوفى الدين لأن النيابة لا تجري في الأيمان بخلاف
الوارث حيث يحلف على العلم لأن الحق ثبت للوارث فكان الحلف بطريق الأصالة
دون النيابة وفي مسئلة نوع إشكال وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض
معنى لأن الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضموناً عليه
وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصاً والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب
أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض
لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول إن فلاناً وكلني بقبض

ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول
ارسلني اليك فلان لتقرضه فيصح ما ادعينا ان هذا ارسال له معنى والرسالة بالاستقراض
جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب عن مجلس
على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم قال فان
حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه اذا صدقه ظهر انه كان
وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرا ذمته به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض
لانه لم يثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولهما حجة
عليه فيأخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاؤه قال ويرجع به على الوكيل
لو باقيا اي يرجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق
الطالب عنه ولم يبق الاحتمال لانه حيث قبض دينه ثانيا قال وان ضاع لا
اي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه
الدين وان الطالب ظلمه بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو
كان لرجل الف درهم مثلا وله الف اخرى دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف
العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حياته
فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم
على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق
بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه
برئ عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما
اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر
ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون
تقضى بامثالها فاذا كذبه الاخر واخذ منه خمسمائة لم يسلم له البراءة الا عن خمسمائة
فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذها من نصيبه بالارث حتى
يستوفي الدين لان الدين مقدم على الارث قال الا اذا ضمنه عند
الدفع اي الا ان يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان يوجب
ويجوز في قوله ضمنه بالتشديد والتخفيف فمعنى التشديد ان يضمن الغريم الوكيل
ومعنى التخفيف ان يضمن الوكيل المال الذي اخذه منه وصورة هذا الضمان ان يقول
الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكن لا آمن ان يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا ويصير
ذلك عليه لانه اخذ مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذه مني ثانيا فيضمن ذلك
المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله

ما غصبك فلان فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب
واما ما اخذه الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة في يده لتصادقهما على انه وكيل
والامانات لا يجوز الكفالة بها على ما بيناه في موضعه قال او لم يصدقه
على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه اي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة ايضا
لانه دفعه اليه على احتمال ان يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا لقضاء دينه تحصيلا
لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين ان
يكذبه صريحا او يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه اذا كذبه
انه قبض بغير حق وان قبضه يوجب الضمان وكذا ان لم يصدقه ولم يكذبه لانه يعتبر
لان الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل ان
يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب اما اذا صدقه فظاهر لانه لا يقضي
ظاهرا الا على حق واما اذا لم يصدقه فلاحتمال انه وكيله وان لم يوكله يحتمل
الاجازة منه فلا يكون له ان يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف
لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس منه الا ترى انه اذا دفعه الى فضولي على
رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال ان يجيز وكذا لو اقام الغريم البينة
انه ليس بوكيل او على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو
اراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك مبني على دعوى صحيحة ولم يوجد
لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب ولو اقام الغريم البينة ان الطالب
جحد الوكالة واخذ مني المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل
بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه
منه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض
يد الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وان لم يثبت مقصودا ولو ادعى الغريم
على الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض واقام على ذلك بينة تقبل بينته وبرئ
ذمته ولو اراد ان يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم ان
يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعدما ادى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه
او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه او وهبه
له وهو قائم في يد الوكيل اخذه منه في الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمنه
الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة وان انكر الغريم الوكالة
واقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف
لم يدفع اليه وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يحلف

لان حق التحلف لنا على انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية انه لو اقر به
لزمه فاذا انكر يحلفه **قال** ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع
لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه في العين
بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بمال
نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد
ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع
من المودع وهو يوجب الضمان فلذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وانكر
المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع انه
ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له ان يرجع على الوكيل لان في
زعمه ان المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له ان يظلم غيره
الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين بحيث يرجع عليه
ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية
اخذها في الصور كلها لانه ملكها باداء الضمان ولو اراد ان يستردها منه بعد
ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته **قال** وكذا لو
ادعى الشراء وصدقه يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر
بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول **قال** ولو ادعى ان المودع مات
وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال
الوارث فدفعه اليه ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم يدع وارثا
وانه اوصى له بما في يد رجل من عين او دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم
اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال ان يكون له وارث اخر ولو
لم يعترف من في يده المال بل انكر موته او قال لا ادري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم
يقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب الرخصة وتمامه في التحرير
ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يلتفت الى
تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال في يد المقر له لانه اقر انه وكيل صاحب
المال بقبض الوديعة او الغصب بعد موته فلا يصح كما لو اقر انه وكيله حال حياته
بقبض الدين وصدقه المديون يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكيل بقبض الوديعة
وعلى قول محمد رحمه الله الاخر وهو قول ابي يوسف رحمه الله لا يصدق ولا يؤمر
بالتسليم اليه وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه اقرار على الغائب
من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع الدين اليه وحضر موت

لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد التلوم م

صاحب

صاحب المال يبرأ بالدفع اليه لصحة امر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث
وانكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدي الى ان يبرأ
من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو اقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر
رب الدين وانكر كان له ان يتبعه بدينه لان امر القاضي بالدفع لم يصح وتمامه
ذكره في التيسير **قال** وكله بقبض مال فادعى الغريم ان رب المال
اخذه دفع المال اي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل
ان رب المال اخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبتت بقوله
اخذه رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفاء وفي ضمن دعواه اقرار
بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا عنده في طلب الدين لما اشتغل
بذلك فصار كما اذا طلب منه الدائن فقال اوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين
فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر
بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل
انه لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجري فيها النيابة على ما
بينا قبل وفيه خلاف زفر رحمه الله **قال** واتبع رب المال واستحلفه اي
الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو اقر
به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد بيناه من قبل **قال** وان
وكله بعيب في امة وادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري اي
وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا يرد على البائع
حتى يحلف المشتري بخلاف مسالة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما
قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ
نافذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رضي الله عنه فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف
المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفي مسالة الدين ليس فيه قضاء
وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطا فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم
من غير نقض القضاء ولان حق الطالب في الدين بات بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع
على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه وليس كذلك العيب لانه لم
ينقض بثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال انه راى العيب ورضي به وقت التسليم
فيمتنع ثبوت حقه في الرد اصلا وقالوا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب ان
لا يفرق بين المسالتين بل يرد فيهما للحال لان القضاء بالخطا لا ينفذ الا ظاهرا عندهما
فامكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين لان

من مذهبه ان القاضي لا يرد بالعيب على البايع ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت
بهذا العيب وان لم يدع البايع الرضى فلا بد من حضور المشتري وحلفه قال
ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة
بالعشرة وهذا استحسان والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة
على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا لان الانفاق لا يكون
بدون الشرا فيكون التوكيل به توكيلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك النقد من مال
نفسه ثم يرجع به على الامر وهذا لانه لا يستصحب دراهم الامر في كل مكان
وينفق له ما امره به من غير قصد فيشتريه له ويحتاج الى النقد من مال نفسه فلم يجعل
متبرعا تحقيقا لغرض الامر ونفيا للحرج عن المامور وقيل القياس والاستحسان
في قضا الدين لانه ليس في معنى الشرا ففي القياس يكون متبرعا لان امره كان يتقيد
بالمال المدفوع اليه فمتى دفع مال اخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في القضا من مال
نفسه ويرد على المطلوب ما اخذه منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى
عنه وجه الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل البراة وقد حصلت ولا فرق بين
ذلك من المالين فلم يكن التقييد مقيدا فلا يعتبر ولان الوكيل قد يبتلى بوجود
الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى ان يدفع مثله من مال نفسه لما
مال الامر فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع عليه

باب عزل الوكيل

اعلم ان للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شا لانها حقه فيملك ابطالها الا
اذا تعلق بها حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب
فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على انه يتمكن من
اثبات حقه متى شا فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفا المطلوب لمانعه
من ايصال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب
حاضرا او كانت الوكالة من غير التماس الطالب او كانت من جهته لتمكنه من الخصومة
مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ
هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله ان
ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال
بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله
وليس بشي بل له عزله في الصحيح لان المراة لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا الوكالة

الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له
وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فانت معزول وقال صاحب النهاية عندي انه يملك عزله
بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لانا لو لم
نجوز ذلك ادى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة
وكلاهما ليس بشي لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما دائما لا الى نهاية وليس
فيه وكالة يتبع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله
لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور
عزل القاضي او السلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا اراد عزله واراد ان لا
ينعقد الوكالة بعد العزل ان يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان
ما لا يكون لازما يجوز الرجوع عنه والوكالة منه قال ويبطل الوكالة
بالعزل اذا علم به الوكيل وقال الشافعي رحمه الله ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل
لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه
كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا ان العزل خطاب
ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب
الشرع حتى اذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله
اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر
مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي
لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم
بعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا
عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري يوجبه بنفسه بخلاف
الوكيل فانه يتعاقد بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا
او معبرا كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكل فيه
الحاقا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار اصيلا في حق العبارة
وان لم يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول ليس باصيل في شي منها فافترقا وقد ذكرنا
اشتراط العدد او العدالة في المبلغ عن مرة فلا نعيده وكذا لو عزل الوكيل نفسه
عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة
فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا قال وموت احدهما وجنونه مطبقا
ولحوقه مرتدا يعني يبطل بهذه الاشيا ايضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان
لبقايه حكم الابتدا فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتدا وشرط في

حتى اذا ارسله في البيع او غيره

الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السما اي استوعبها لان
كثيره كالموت وقليله كالاغما وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله لانه يسقط
به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات وعند محمد رحمه الله
حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لان استمراره حولا
مع اختلاف فصوله اية استحكامه اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا
يكون في معنى الموت والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه
لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبل ذلك فموقوفة
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان تصرفاته موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم
نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل
وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض
كما اذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا اذا جعل امر امراته بيدها
ثم جن الزوج لا يبطل امرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت
الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج من ان يكون مالكا للنكاح بنفسه
فتبطل الوكالة به ايضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط
ولا تبطل وكالة المراة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها ولذا لو
وكلها بعد ارتدادها ايضا لانها بقيت بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها
لا تؤثر في عقودها الا اذا وكلته بالتزوج ثم ارتدت ولحقت والعياذ بالله فان
ذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها ولو وكلت وكيلا
في حالة ردتها فزوجها بعد ما اسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت بان يزوجها فزوجها
بعد انقضاء عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل الارتداد ثم ارتدت واسلمت حيث لا
يجوز ان يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها فلا
تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان
وكيلا فهو على وكالته عند محمد رحمه الله ولا يعود وكيلا عند ابي يوسف رحمه الله لان
قضا القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه في مدبريه وامهات اولاده
ويعتقون كما يعتقون بالموت وهذا لان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان اصل التصرف
تملكه باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا
اهلية له ووجه قول محمد رحمه الله ان التوكيل تصرف بمعان قائمة به والعجز بعارض اللحاق
لتباين الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا لبقا
تلك المعاني وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لان

صحة الوكالة

صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف
بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال صار كان لم يكن وبقي
الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم افاق وان كان اللاحق مسلما
هو الموكل لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انها تعود كما
قال في الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه على مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة
بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان الوكالة تعلقت
بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات بخلاف
ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه
لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت **قال** وافتراق الشريكين اي
تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمي والعزل
الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين احدهما ان ينعزل كل واحد
منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه
بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لانها كانت
ثابتة في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها وفيه اشكال من حيث
انه لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه
لانه عزل قصدي فكيف يتصور ان ينعزل بدون علمه ويمكن ان يحمل على ما اذا هلك
المالان او احدهما قبل الشرا فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي في ضمنها كانا
علما بذلك او لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد
الشركة على ما بينا في كتاب الوكالة والثاني ان احد الشريكين او كليهما لو وكل من
يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل
منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل **قال** وعجز موكله لو مكاتبا وحجره
لو ماذونا معناه لو كان الموكل مكاتبا او عبدا ماذونا له في التجارة ينعزل
الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقا الوكالة معتبر
بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التي لا يلزم لبقائها حكم الابتدا فيشترط في
حالة البقا قيام الامر في الابتدا وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوي
فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمي كما اذا تصرف الموكل في الشي الذي وكل به
هذا اذا كان وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل في قضا الدين واقتضائه
فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر الماذون له لان العجز او الحجر يوجب الحجر عليه من انشا
التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضا الدين واقتضائه فكذا لا

يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك او اذن للمحجور لم تعد الوكالة
التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف بنفسه وقد زال
ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم تعد بالكتابة الثانية والاذن الثاني ولو
عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن في
التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا الا ترى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك
مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي فيه قال وتصرفه بنفسه اي تبطل
الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز
الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه
وان لم يعجز عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله حتى لو وكله بطلاق
امراته فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال
ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء
العدة فكذا الوكيل وانما يمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك
للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقاء المحل ولو
وكله بتزويج امراة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان الحاجة
قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز له ان يزوجها
من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق امراته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع
عليها ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب فكذلك
بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة لان
الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله ان يطلقها ثم خالعها
الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها
في هذه الحالة فبقي الوكيل على وكالته والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على
الايقاع كان وكيله قادرا على الايقاع فبقي الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله
ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا بخيار رؤية او خيار شرط او عيب
بقضاء او لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ
فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء او اقالة لا تعود
الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول
وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد
عليه بما يكون فسخا فله ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل فرد عليه بذلك
ولو وكله بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل ان يهبه لان الواهب

بخيار

بخيار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل
فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا
تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا ينقضي بما يباشره البيع لان الوكيل بالبيع بعد
ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا فسخ البيع والوكالة
قائمة جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة ينقضي بما يباشره الهبة حتى لا
يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد
ولا هبة ولا وكالة فلا يمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبد فاسره
العدو وادخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم
لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري منهم بالثمن او بالقيمة ثم وقع في سهمه
من الغنائم فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا الطريق عاد الى قديم ملكه وقد
كانت الوكالة متعلقة فاذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها
الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود
الوكالة لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد ولو وكله بان يزوجه امراة
معينة وهي ذات زوج فبانت من زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل ان
يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة الى ما بعد امر المحل وقت التوكيل وهي جائزة
ولو وكله ان يزوجه امراة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم اسرت واسلمت
جاز للوكيل ان يزوجه اياها عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما بناء على ان
تسمية المراة مطلقا ينصرف الى الحرة عندهما ولا ينصرف عنده بل له ان يزوجه
الامة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او اجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف انه يخرج عن الوكالة

والله اعلم بالصواب والله المرجع والماب

تم الجزء الثاني من شرح الكنز للزيلعي
تغمد الله مؤلفه بالرحمة والرضوان بمنه
على يد فقير رحمة ربه محمد بن احمد بن حسن بن اسماعيل
الحنفي مذهبا واعتقادا غفر الله له ولوالديه
ولمشايخه ولمن علمه ولمن افاده بمن الله وكرمه

يتلوه كتاب الدعوى

[illegible]

بلغ

بلغ مقابلة بخط المصنف رحمه الله على نسخة
في مستهل ربيع الاول سنة احدى وخمسين
وثمانمائة احسن الله ختامها

بلغ مقابلة على نسخة عليها خط الامام العلامة
فخر الدين ابي عمرو عثمان ... الزيلعي
رحمه الله واسكنه ... الطاق